بسم الله الرحمن الرحيم

تم رفع هذه المادة العلمية من طرف أخوكم في الله: خادم العلم والمعرفة (الأسد الجريح) بن عيسى قرمزلي. ولاية المدية

الجنسية جزائرية

الديانة مسلم

موقعي المكتبة الإلكترونية لخادم العلم والمعرفة للنشر المجاني للرسائل والبحوث على

www.Theses-dz.com

للتواصل: رقم هاتف 00213771087969

البريد الإلكتروني: benaissa.inf@gmail.com

حسابي على الفيسبوك: www.facebook.com/Theses.dz

جروبي: https://www.facebook.com/groups/Theses.dz

تويتر https://twitter.com@Theses_DZ

الخدمات المدفوعة

01- أطلب نسخة من مكتبتي



السعة: 2000 جيقا أي 2 تيرا !

فيها تقريبا كل التخصصات

أكثر من 80.000 رسالة وأطروحة وبحث علمي

أكثر من 600.000 وثيقة علمية (كتاب، مقالة، ملتقى، ومخطوطة...)

المكتبة مع الهرديسك بالدينار الجزائري 50.000.00 دج

المكتبة مع الهرديسك بالدولار: 500 دولار .

المكتبة مع الهرديسك بالأورو: 450 أورو

02-نوفر رسائل الأردن كاملة 20 دولار للرسالة الواحدة على https://jutheses.ju.edu.jo/default2.aspx

لا تنسوني بدعوة صالحة بظهر الغيب: ردد معي 10 سبحان الله وبحمده سبحان الله العظيم

اللهم صل وسلم على نبينا محمد .... بن عيسى قرمزلي 2016.

جامعة الجزائر

معهد الحقوق و العلوم الادارية

دعوى عدم نفاذ تصرف المدين (الدعوى البولصية)

في القانون المدني الجزائري المقارن

للحصول على دبلوم الماجستير :في العقود و المسئولية المدنية

================

1986

اعداد : السيدة يوسف فتيحة (المولودة عماري)

تحت اشراف : الاستاذ :د .علي علي سليمان

==========

اللجنة :

الدكتور	رئيسا
الدكتور	عضوا
الدكتور	عضوا

مـــقـــدمـــة

يهدف القانون الى بناء علاقات الأفراد في المجتمع على صرح التعاون المتبادل لصيانة كيانه وضمان تطويره لما فيه النفع العام، ولذا ألزم القانون الفرد، أن لا يتصرف تصرفا يضر بغيره، وهذا الالتزام ما هو في الأصل، سوى واجب أخلاقي، وديني أصلا.

من هنا، فان الدين والأخلاق، والقانون لهم رسالة واحدة وهدف واحد، وهي خلق الثقة، ومحاربة الغش بجميع صوره الذي عاصر الانسان منذ بدء خلقه، لأن الانسان تقوم طبيعته على نية الخير في أغلب الأحيان، ولكن قد تراوده نية السوء في بعض الأحيان، وكما للخير جزاؤه، فللشر جزاؤه من الناحية الدينية والأخلاقية والقانونية.

والملاحظ، أنه كلما ازداد التقدم وتطورت البشرية، أنشئت أنواعا جديدة من العلاقات ذات الطبيعة المعقدة التي تنطوي في محتواها على أوسع المجالات للغش وتسبيب الأضرار بين الأفراد في المجتمع، الأمر الذي تعاظم معه الحاجة الى وسائل قانونية لمحاربة الغش.

ونظرا لما تقدم، فقد لفت نظري، موضوع في القانون المدني، بنت فيه التشريعات أحكامه على مبدأ حسن النية، ألا وهو موضوع "الدعوى البولصية"، أي الدعوى المعروفة حديثا، باسم "دعوى عدم نفاذ التصرف".

وفي رأيي، أن هذه الدعوى تجد سندا لها في مبدأ وجوب استعمال الحقوق بحسن نية، كما أنها وسيلة من وسائل محاربة التعسف في استعمال الحق الذي نصت عليه الفقرة الأولى من المادة "41" مدني جزائري، بقولها:

"يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية:

- اذا وقع بقصد الاضرار بالغير ..".

ففي هذه الصورة التي يهدف فيها الشخص من استعمال حقه الى الاضرار بالغير، فاننا بصدد أوضح مظاهر الغش، وسوء النية. فالمدين، عندما يتصرف بمقتضى حق ثابت له بعوض أو بدون عوض، فهو يمارس عملا مشروعا في الأصل. غير أنه اذا آل استعمال هذا الحق الى الاضرار بالدائنين، فهنا يكون تعسفي.

وغش المدين، بالنسبة الى دائنيه، قد وجد في جميع الأزمان، وفي جميع أنحاء العالم. لهذا، كان من الطبيعي أن تمنح جميع القوانين الدائنين وسيلة لحمايتهم من التصرفات الايجابية التي يجريها مدينهم غشا واضرارا بحقوقهم، وهي الدعوى البولصية

التي هي موضوع بحثنا .

و الدعوى البولصية دعوى يرفعها الدائن ليطعن بها في التصرفات التي تصدر غشا من مدينه المعسر بقصد جعل هذه التصرفات غير نافذة في مواجهته .

و لكن الدعوى البولصية قد ترفع غالبا و خاصة، ضد الغير الذي تعامل معه المدين المعسر. فكيف نفسر حق الطاعن بالدعوى البولصية ضد هذا الغير؟

اذا كان المدين بابرامه التصرف المشوب بالغش، قد تعسف في استعمال حقه، فمن الطبيعي أن الغير الخلف بعوض، باعتباره شريكا في الغش الذي أنتج ضررا، فانه مسئول عن خطأ شخصي. أما اذا كان هذا الغير، خلفا بدون عوض، فان وضعه، كما سنرى، يفسر بالمقابلة مع الخلف بعوض، بالمثل الذي يقول : "أن من يربح من عمل مشوب بالخطأ، يعتبر شريكا في الضرر الذي ترتب عليه " .

"Certat de lucro captando , Certat de damno vitando"

و بناء على ذلك، نصل الى نتيجة هامة، و هي أن الدعوى البولصية تعتبر احدى تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، فحتى يستطيع شخص أن يطعن في تصرف مشروع، يجب أن يثبت أنه قد أصابه ضرر نتيجة التصرف المشوب بالغش، كما أصبح مفهوم هذا الأخير الذي هو احدى الشروط الأساسية لممارسة الدعوى البولصية يتمثل في علم المدين بأن تصرفه ضار بدائنيه، أي يكفي أن يبرم المدين التصرف، و هو يعلم بأنه سيؤدي الى اعساره أو يزيد فيه. و كذا الشأن بالنسبة لمفهوم غش المتعامل مع المدين. الأمر الذي يستخلص منه أن الضرر أصبح يشغل المرتبة الأولى .

هذا، و كما سنرى، أن شروط هذه الدعوى تتفق أحكامها في جميع التشريعات، و هذه الشروط تدور في جملتها حول فكرة وجود مصلحة جدية و مشروعة للدائن لتتخذ أساسا لشرعية رفع الدعوى البولصية، اذ "لا دعوى بدون مصلحة" .

غير أنه، و ان كانت قوانيننا قد فصلت أحكام الدعوى البولصية بسبع مواد، فان القانون المدني الفرنسي، و قانون الموجبات اللبناني، لم يخصصا لهذه الدعوى سوى مادة واحدة فقط.

و من خلال عرضنا لشروط و آثار الدعوى البولصية في كل من القانون الروماني و القانون المدني الفرنسي، و التقنيات المدنية العربية، و منها القانون المدني الجزائري، نجد أنها لا تختلف فيما بينها اختلافا جوهريا. فالأحكام الأساسية للدعوى البولصية، واحدة في كل هذه القوانين. فهي جميعا، تشترط حصول تصرف من المدين المعسر غشا بدائنيه. اذا كان التصرف بعوض، و تحقق ضرر للدائنين من هذا التصرف. غير أن الخلاف بين هذه القوانين، يظهر من حيث تحديد

التصرفات الجائز الطعن فيها ، كزيادة الالتزامات ، و تفضيل أحد الدائنين بالوفاء له ، أو منحه سببا من أسباب التقدم ، و أثر الدعوى واحد في كل القوانين من حيث أنها تؤدي الى تخويل الدائنين حق التنفيذ على المال المتصرف فيه ، كما لو كان التصرف لم يقع ، و لكن القانون الروماني يجعل فائدة الدعوى تعم سائر الدائنين بلا تفرقة بينهم . أما القانون المدني الفرنسي يقصر فائدة الدعوى على الدائن الذي رفعها . في حين أن القوانين العربية ، و منها القانون المدني الجزائري متأثرة بالتجديد الذي أتى به القانون المدني المصري الجديد ، تتوسط ، فتجعل فائدة الدعوى لكل دائن تتوافر لديه شروط الطعن بالدعوى البولصية .

و على ضوء ما تقدم اخترت أن أقوم بهذا البحث ، متمنية أن أوفق في شرحه . و حتى ألم إلماما شاملا بجميع جوانب هذه الدعوى في مختلف القوانين ، عمدت الى تقسيم هذا البحث الى :

- باب تمهيدي ، تناولت فيه مفهوم الدعوى البولصية كمدخل عام للموضوع ، و قسمته بدوره الى الفصول الآتية :

الفصل الأول : أصل الدعوى البولصية في القانون الروماني .

الفصل الثاني : تطور الدعوى البولصية في بعض القوانين .

الفصل الثالث : طبيعة الدعوى البولصية .

- الباب الثاني : تعرضت فيه لأحكام الدعوى البولصية ، و قسمته الى الفصول الآتية :

الفصل الأول : مجال استعمال الدعوى البولصية .

الفصل الثاني : شروط ممارسة الدعوى البولصية .

- الباب الثالث : تناولت فيه آثار الدعوى البولصية ، و تمييزها عن بعض الدعاوى الأخرى ، و قسمته الى فصلين :

الفصل الأول : آثار الدعوى البولصية .

الفصل الثاني : ما يميز الدعوى البولصية عن غيرها من الدعاوى الأخرى (دعوى الصورية ، و الدعوى غير المباشرة) .

- خاتمة : أنهيت هذا البحث بخاتمة ، وضحت فيها مدى أهمية هذه الدعوى من الناحية الاجتماعية ، ملخصة كل ما استجد في موضوع هذه الدعوى من أحكام ، مع الاشارة الى ما يجعل هذه الدعوى صعبة التحقق من الناحية العملية . و بالمناسبة أخذنا على المشرع الجزائري عدم تنظيمه للاعسار المدني ، و هو نظام يفوق بكثير نظام الدعوى البولصية ، و يعفي الدائنين من عبء اثبات الغش ، و الاشتراك فيه .

============

الباب التمهيدى

مفهوم الدعوى البولصية

الدعوى البولصية هي، دعوى يرفعها الدائن باسمه الخاص، ليدفع بها عن نفسه نتائج غش مدينه، اذا عمد هذا الأخير الى التصرف في أمواله اضرارا بحقوق دائنيه. و بموجب هذه الدعوى، يصبح التصرف الذى أبرمه المدين، و المشوب بالغش، غير نافذ في مواجهة دائنيه بحيث يعود المال الى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه.

و الدعوى البولصية من الطرق الوسطى ما بين الطرق التحفظية، و الطرق التنفيذية[1]، فهي أقوى من اجراء تحفظي، و أضعف من عمل تنفيذ ى، بل هي بين بين، فهي مقدمة تنفيذ، يتلوها التنفيذ حتما، كما أن هذه الدعوى ترد الى المبدأ العام الذى يقضي بأن "جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته "[2]. الى جانب بعض الدعاوى الأخرى التي ترد كذلك، الى هذا المبدأ، و هي الدعوى غير المباشرة، و دعوى الصورية[3].

و حتى يتجلى لنا مفهوم الدعوى البولصية أكثر، يحسن بنا قبل، أن ندرس أحكامها في قوانيننا الحاضرة، أن نعرف أين نشأت هذه الدعوى، و ما هي الفلسفة التي أدت الى نشوئها، و الظروف التي ساعدت على تعزيزها ؟ لنخرج من كل ذلك بنظرة جلية، عن طبيعة هذه الدعوى التي حللتها معظم التشريعات، لأنه لا يمكن فهم موضوع الدعوى البولصية الا بالرجوع الى أصلها التاريخي، و هو القانون الروماني.

---

(1) و الطرق التنفيذية تكفل ببيانها قانون الاجراءات المدنية الجزائري، و لا يجوز التنفيذ الا اقتضاء لحق محقق الوجود، معين المقدار، و حال الأداء (المادة 327 ق.إ.م.ج.)، و يجب أن يسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنفيذ ى، و السندات التنفيذية هي : الأحكام، و الأوامر، و العقود الرسمية، و الأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة (المادة 320 ق.إ.م ج.).

(2) تنص المادة 188 / 1 م.جزائرى : "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه ... ".

(3) و سنتعرض لهذه الدعاوى في سبيل التمييز بينهما و بين الدعوى البولصية (أنظر ص. من 181 الى 192 من هذا البحث).

كما أن الأمر في هذا الموضوع يقتضي منا ، ألا نكتفي بمجرد الالمام بالقواعد الرومانية، وتطورها التاريخي ، بل نتتبع أثر هذه القواعد في القوانين الحديثة . ذلك وأن الماضي يمس الحاضر، وأن الفكرة تتكيف مع مرور الزمن دون أن تفقد جوهرها . وهذا ما يدفعنا الى دراسة ذلك في الفصول الآتية :

- الفصل الأول : أصل الدعوى البولصية (القانون الروماني) .
- الفصل الثاني : تطورها في بعض القوانين .
- الفصل الثالث : طبيعة الدعوى البولصية .

= = = = = = = = = =

الفصـــل الأول

أســس الدعـوى البولصـيـة .

الدعوى البولصية، كما يظهر من تسميتها، من أصل روماني . فالقانون الروماني هو المصدر التاريخي الذي أخذت منه معظم التشريعات أحكام هذه الدعوى .

انشغل القانون الروماني كثيرا بالبحث عن جزاء للغش، وقد كان لاصطلاح الغش في هذا القانون معنى خاص [1] في حالتين تتمثلان في الآتي :

ـ الحالة الأولى : تتمثل في الغش الذي يرتكبه المعتوق اضرارا بحقوق مولاه وقد اعتبر هذا الفعل جريمة في القانون الروماني، وعاقب عليه البريتور بدعويين، أحدهما تسمى بالدعوى الفابيانية "Actio Fabiana"، والثانية تسمى بالدعوى الكالفيزيانية "Actio Calvisiana". وتهدف الى تمكين المولى من نقض التصرفات التي يجريها العتيق اضرارا بالحق المقرر للمولى، كحق الارث الذي يمنحه القانون الروماني للمولى من عتيقه في حالات معينة كما اذا توفى العتيق دون وارث [2].

ـ الحالة الثانية : وتتمثل في الغش الذي يرتكبه المدين المعسر اضرارا بحقوق دائنيه، وهذا ما يهمنا اذا عرفنا أن الدعوى البولصية هي دعوى أقيمت أساسا لمحاربة الغش الصادر من المدين .

والظاهر أن حاجة القانون الروماني الماسة الى تنظيم وسائل محاربة غش المدين لدائنيه، ظهرت منذ عرف الفصل بين المسؤولية عن الدين وشخص المدين، اذ أن المدين في القانون الروماني القديم، أي في عهد الألواح الاثني عشر، كان يلتزم بالدين في جسمه لا في ماله، بحيث اذا أعسر يقضي قانون الألواح بقتله، واسترقاقه من طرف الدائنين [3]. ولما تطور القانون الروماني في العصر العلمي وأصبحت

---

(1) صوفي حسن أبو طالب : الوجيز في القانون الروماني / 1965 ص. 70 ـ عمر ممدوح مصطفى : القانون الروماني / الطبعة الرابعة / 1966 ص. 431 ـ عبد المنعم البدراوي : القانون الروماني / 1967 / ص. 524 ـ مونية " مونييه " : القانون الروماني الجزء الثاني / 1954 / ص. 242 ف. 175 .

(2) صوفي حسن أبو طالب : المرجع السابق الذكر/ ص. 70 .

(3) عمر ممدوح مصطفى : المرجع السابق الذكر/ ص. 431 . وصوفي حسن أبو طالب / ص. 71

قواعد التنفيذ على المدين تتماشى مع أصول الشفقة و الانسانية، و أبدل التنفيذ على شخص المدين بحق الدائن في حبس المدين في سجنه الخاص، بدأت حالات الفقر تزداد، اذ أصبح الفقير لا يخشى وسيلة التنفيذ على شخصه، على الرغم من أن القانون الروماني كان يسمح للدائنين في حالة اعسار مدينهم، بحيازة جميع أمواله تمهيداً لبيعها، و هذا الاجراء يسميه الرومان[1] "Missio in Bonna"، الا أن رفع يد المدين عن أمواله، و انتقال حيازتها الى الدائنين لا يمنعه من اجراء أي تصرف فيها، لأن الحيازة لم تنشأ الا بناء على أمر من البريتور، و ليس للأوامر قوة النصوص القانونية، و بالتالي فان المدين يستطيع أن يتصرف في أمواله – حتى وقت البيع – بالبيع، أو بعقد ديون جديدة الى غير ذلك من التصرفات التي تؤدي به الى الاعسار أو زيادته دون شك. و مثل هذه التصرفات تضر بالدائنين لأنها تنقص من ضمانهم العام و من ثم قد تعرضهم لعدم الحصول على حقوقهم كاملة.

نتيجة لذلك، وضع منشور البريتور، في العصر العلمي تحت تصرف الدائنين، وسيلتين لمواجهة تصرفات مدينهم المعسر التي يبرمها غشا و اضرارا و هي: أمر محاربة الغش "Interdictum Fraudatorum"، و الأمر بالرد "Restitutio in Intégrum"

و بجانب هاتين الوسيلتين، هناك وسيلة ثالثة و هي الدعوى الواقعية "Actio in Factum." التي سميت بالدعوى البولصية[2].

و اذا كان لا يهمنا في هذا البحث سوى وسيلة الدعوى البولصية، فاننا نرى أنه من الضروري أن نتعرض باختصار على كل من وسيلتي: أمر الغش، و الأمر بالرد، خاصة و أن الدراسات الحديثة في القانون الروماني تنتهي الى أن هذه الدعوى البولصية لم تنظم الا في تجميعات جوستنيان و أن قواعدها في هذه التجميعات وضعت بادماج قواعد كل من الأمر بالرد، و الأمر المتعلق بالغش لتحل محلهما في محاربة غش المدين[3].

---

(1) صوفي حسن أبو طالب: المرجع السابق الذكر/ص. 71 – مونييه "Monnier": المرجع السابق الذكر/ص. 242 ف. 176.

(2) يرى شراح القانون الروماني أنه من الصعب التمييز بين الوسائل التي تقررت في العصر العلمي و تلك التي تقررت في عصر جوستنيان، و يرجع السبب في صعوبة معرفة أحكام وسائل محاربة غش المدين في العهود السابقة الى أن جوستنيان أدمج في الباب الثامن الذي خصصه لغش الدائنين من الكتاب الثاني و الأربعين من الموسوعة هذه الوسائل في بعضها، بحيث أن كان، لكل منها نظام خاص بها مما يصعب معه معرفة ما أورده جوستنيان من تغيير: أنظر صوفي حسن أبو طالب/السابق الذكر/ص. 72 – و مونييه "Monnier"/السابق الذكر/ص. 243 ف. 177.

(3) مونييه "Monnier": المرجع السابق الذكر/ص. 243 ف. 176.

أولا :أمر محاربة الغش : "Interdictum Fraudatorium"

يعرف بأنه "أمر يصدره البريتور الى من تعاقد مع المدين المعسر و حصل منه على شيء مادي ، برد الشيء الى المدين حتى يتمكن من التنفيذ عليه أسوة بباقي أموال مدينه، فان لم ينفذ المستفيد من التصرف، أمر البريتور، يمنح هذا الى الدائن طالب الأمر دعوى تحكمية "Farmula Arbitraria" تؤدي الى الحكم على الممتنع عن رد الشيء بتعويض مالي بعد تأكد القاضي من امتناعه [1]" و لا يستفيد من هذا الأمر سوى الدائن الذي استصدره ، و كان طلب هذا الأمر مقيدا بمدة سنة .

و أمر الغش كان يستطيع أي من الدائنين الالتجاء اليه ، و لم يكن من اللازم تدخل ممثل لسائر الدائنين لطلبه كما هي الحال في استعمال أمر الرد [2].

ثانيا :أمر الرد ، أي أمر اعادة الشيء الى أصله [3] "Restitutio in Intégrum"

كان يطلب بطلب من وكيل الدائنين ، و هو اجراء يمنحه البريتور بعد فحص النزاع و وقائعه ، و يبطل بمقتضاه التصرف القانوني الذي يتم بين المدين ، و الغير مع علم كل منهما بالظروف بهدف انقاص ذمة المدين غشا .

و الملاحظ أن كلا من الأمر بالرد و أمر محاربة الغش كان وثيق الصلة باجراءات التنفيذ على أموال المدين ، و هذه الاجراءات كانت اجراءات جماعية تبدأ بالحصول على أمر بالحيازة المؤقتة لهذه الأموال "Missio in Bonna" ثم يعين الدائنون وكيلا "Curator Bonorum" يتولى بيع ذمة المدين جميعها الى مشتر تنتقل اليه بالشراء كل حقوق و التزامات هذا المدين [4].

غير أن الأمر بالرد كان وثيق الصلة باجراءات بيع أموال المدين جملة "Venditio Bonorum" و قد ألغيت هذه الصورة للتنفيذ على أموال المدين لتحل محلها في ظل نظام الدعاوى الادارية "Cagnitio extra Ordinarum" صورة بيع مفردات هذه الذمة "distractio bonorum" و لذا قل استعمال الأمر بالرد كوسيلة لمحاربة غش المدين . و أصبح أمر محاربة الغش الوسيلة العادية لذلك منذ القرن الثالث [5].

---

(1) عمر ممدوح مصطفى :المرجع السابق الذكر ص. 452 ـ عبد المنعم البدراوي:المرجع السابق ص. 561 ـ مونيه المرجع السابق ص. 246 ف. 178 .

(2) مونيه المرجع السابق ص. 246 ف. 178 .

(3) يرى البعض أن وسيلة" الأمر بالرد "هي أول وسيلة ظهرت لحماية الدائنين من المدين بينما يرى البعض الآخر أنها ظهرت بعد أمر الغش و بعد الدعوى البولصية أشار الى هذا الخلاف، صوفي حسن أبو طالب:المرجع السابق الذكر ص. 72 .

(4) مونيه " MONNIER" :المرجع السابق الذكر ص. 243 ف. 177 .

(5) مونيه " MONNIER" :المرجع السابق الذكر ص. 246 ف. 178 .

ـ ثالثا : الدعوى البولصية

سبق أن قلنا أن الدراسات الحديثة في القانون الروماني انتهت الى أن هذه الدعوى لم تظهر الا في مجموعات جوستنيان و ذلك بادماج كل من وسيلة أمر الغش و أمر الرد ، بينما هناك من يذهب الى أن الدعوى البولصية نشأت لعدم كفاية وسيلتي أمر الغش و أمر الرد في حماية حقوق الدائنين لاقتصارهما على حالة ما اذا تصرف المدين في شيء من ملكه بانقاص حقوقه دون زيادة التزاماته ، اذ أنه غالبا ما يلجأ المدين سيء النية الى اضعاف ضمانه بعقد ديون جديدة ، أو الى محاباة بعض الدائنين على حساب البعض الآخر الى غير ذلك من التصرفات(1) .

و قد اختلف شراح القانون الروماني بشأن الدعوى البولصية سواء فيما يتعلق بالوقت الذي ظهرت فيه هذه الدعوى ، أو فيما يتعلق بالاسم الذي تحمله .

ففيما يتعلق بوقت ظهور الدعوى البولصية ، ذهب البعض الى القول بأن هذه الدعوى ظهرت في العصر العلمي على يد البريتور(2) ، بينما ذهب البعض الآخر الى أن جوستنيان هو الذي أنشأها بادماج أحكام وسيلتي أمر الغش ، و أمر الرد ، أي اعادة الشيء الى أصله (3) . و هذا الرأي الثاني هو الذي رجح بعد دراسات حديثة(4) .

أما فيما يتعلق بالاسم الذي تحمله هذه الدعوى "البولصية" ، فقد اختلف كذلك بصدده شراح القانون الروماني ، فتساءلوا لمن تدين بهذا الاسم ؟

ذهب البعض الى القول بأن هذه الدعوى سميت "البولصية" نسبة الى الحاكم الروماني "بولص" "PAULS" الذي أدخلها على القانون(5) ، بينما ذهب فريق آخر الى نسبتها الى

---

(1) عمر ممدوح مصطفى : المرجع السابق ، ص. 453 ـ عبد المنعم بدر و البدراوي : المرجع السابق ، ص. 563 .

(2) و هؤلاء هم جيرار ، كيك ، جيفارا : اذ يرون أن البريتور اعتبر فعل المدين في هذا الصدد جريمة و هي جريمة غش الدائنين ، و أن وسائل محاربته ظهرت بالترتيب الآتي : أمر الغش ، الدعوى البولصية ، أمر اعادة الشيء الى أصله .

أشار الى ذلك ، صوفي حسن أبو طالب : المرجع السابق ، ص. 71 ـ و أنظر في عرض الخلاف على تحديد وسائل حماية الدائنين من غش المدين في القانون الروماني في مقالة "أشير" دراسة في طبيعة الدعوى البولصية ، المجلة الفصلية في القانون المدني سنة 1906 ، و هو يقرر أنه خلاف لا فائدة عملية له ، ص. 87 .

(3) دراسات لينيل "Lenel" و زولازي "Zollazi" : أشار الى ذلك : صوفي حسن أبو طالب : المرجع السابق الذكر ، ص. 72 .

(4) صوفي حسن أبو طالب : المرجع السابق ، ص. 72 ـ مونييه : المرجع السابق ، ف. 176 ، و هو يسلم بغموض تاريخ نشأة الدعوى البولصية ، و يرى أن الصعوبات التي تسببه لم يقضي عليها بعد ، ص. 242 ، هامش (2) .

(5) زهدي يكن : شرح قانون الموجبات و العقود ، الطبعة الأولى ، ج . الخامس ، سنة 1963 ، ص. 245 ـ ريبر "Ripert" و بلانيول "Planiol" و بولانجي "Boulanger" : القانون المدني ج . الثاني ، سنة 1957 ، ص. 524 .

فقيه بيزنطي و أن هذه الدعوى وردت في نص وحيد جاء في عهد مجموعات جوستنيان[1].

و ذهب فريق ثالث الى القول بأن هذه التسمية التي تنسب الى الفقيه البيزنطي ما هي الا عبارة عن حاشيه أقحمت على النص، ثم تردد صدى هذه التسمية في كتاب الفقهاء البيزنطيين باللغة الاغريقية في عهد لاحق لجوستنيان مثل نظم تيوفيل و حاشية استيفاني[2].

و الرأي الراجح أن هذه التسمية لم تكن معروفة لا في العصر العلمي، و لا في عهد جوستنيان، بل أطلقت في عهد لاحق، و أن هذه الدعوى كانت تعرف باسم دعوى ابطال التصرفات[3]، كما أن كلمة "الابطال" قد أتت من فقهاء روما الذين كانوا يستعملون هذه الكلمة تعبيرا عن الدعوى البولصية : "Per quam quie in Frauden álienata sunt révocantur, (Digeste 22,1,Fr,38,SU)[4] "

و مهما كان الخلاف قائما حول وقت ظهور الدعوى البولصية، أو الاسم الذى تحمله، فان من المؤكد أن الدعوى البولصية نشأت في القانون الروماني، و مازالت تمثل جانبا كبيرا من الأهمية، باعتبارها وسيلة للمحافظة على الضمان العام للدائنين في القوانين الحديثة، و مازالت تعرف في الفقه باسم "الدعوى البولصية" رغم أن نصوص كل التشريعات لم تذكر هذه التسمية، الأمر الذى يتضح معه مدى ارتباط الدعوى بالقانون الروماني في أذهان الفقهاء.

و بعد أن فرغنا من دراسة أصل الدعوى و الأسباب التي أدت الى نشأتها، نبحث المميزات التي كانت تتميز بها هذه الدعوى في القانون الروماني، و الشروط التي كانت تلزم حتى يجوز الطعن فيها .

==========

المبحث الأول

مميزات الدعوى البولصية في القانون الروماني

كانت الدعوى البولصية في القانون الروماني تتميز بطابعين ملاحظين، و هما : طابع العمومية، و طابع العقوبة .

---

(1) مونييه (موسوعة 22، 1، 33، 4)/المرجع السابق الذكر/ص. 247 ف. 179 — صوفي حسن أبو طالب: المرجع السابق ص. 79 .

(2) كولينى "Collinet" : الأصل البيزنطي لتسمية "البولصية" مجلة تاريخية 1919 . و في رأى كولينى، فان بولص شخصية وهمية ص. 187 أشار الى ذلك مونييه ص. 247 هامش (1).

(3) عمر ممدوح مصطفى : المرجع السابق ص. 454 .

(4) بلانيول و ريبر و بولانجي "Traité de drrit civil, d'après le Traité de Planiol " Par Georges Ripert et Jean Boulanger/Tome II/les Obligations/ 1957/P.524 N° 1395 . "

و يتمثل طابع العمومية في أن التنفيذ على أموال المدين المعسر كان يتسم باجراءات جماعية تصفى بها ذمته لتوزيع الصافي على الدائنين، سواء كان المدين تاجر أو غير تاجر، و كانت الدعوى البولصية نتيجة عرضية للمتابعة الجماعية[1]، و كانت هذه الدعوى ترفع باسم جميع الدائنين من قبل وكيل عنهم "Curator Bonorum" و هو أشبه بالسنديك في الافلاس التجاري، و في عهد جوستنيان أجيز للدائن رفعها، بدلا من الوكيل، باذن القاضي لابطال التصرف لمصلحة جميع الدائنين[2].

و كانت الدعوى البولصية لا ترفع الا بعد بيع أموال المدين، و ثبوت اعساره، و عدم كفاية هذه الأموال لسداد ديونه، اذ كان البريتور يأمر منذ اعسار المدين بنقل حيازة أموال الى دائنيه "Missio in Possession"، حتى يمنع من التصرف فيها، و بعد ذلك، تباع بطريق المزاد بالجملة "Venditio in Possession" و أصبحت في عهد جوستنيان تباع بالتجزئة[3]. و بعد ذلك، يوزع الثمن على جميع الدائنين، و اذا تبين عدم كفاية أموال المدين في الوفاء بجميع ديونه، كان على وكيل التفلسة أن يطعن في التصرفات التي أبرمها المدين غشا، كما كان من الممكن أن يقوم أحد الدائنين برفعها لمصلحة سائرهم بتصريح من القضاء[4].

أما طابع العقوبة، فيكمن في أن الدعوى البولصية كانت في القانون الروماني ذات طابع جنائي، تشبه الدعاوى الجنائية، التي كانت تترتب على الغش و على الاكراه، و يتمثل هذا الطابع الجنائي في أن الغش كان يعتبر جريمة في القانون الروماني، و الدليل على ذلك، أنها كانت دعوى مؤقتة ذات أجل محدد، يتمثل في سنة ابتداء من بيع أموال المدين، و لا تنتقل الى الورثة على الأقل فيما جاوز اغتنائهم باعتبارها عقوبة، و العقوبة شخصية[5].

---

(1) مونييه: المرجع السابق ص. 246 ف. 179 ــ بلانيول و ريبر و بولانجي: المرجع السابق ص. 524 ف. 1395.

(2) عمر ممدوح مصطفى: المرجع السابق ص. 455 ــ و مونييه: المرجع السابق ص. 246، ف. 179 ــ صبيح مسكوني: القانون الروماني، الطبعة الأولى / 1963 / ص. 435.

(3) عمر ممدوح مصطفى: المرجع السابق ص. 455 ــ و مونييه: المرجع السابق ص. 246 ف. 179.

(4) مونييه "Monnier": المرجع السابق ص. 246 ف. 179.

(5) بحث سيناى "Sinay": الدعوى البولصية و المسؤولية التقصيرية في ضوء القضاء الحديث 1948 / ص. 184 ف. 1.

المبحـث الثانـي

شروط ممارسة الدعوى البولصية في القانون الروماني

ان الشروط التي كانت تلزم حتى يجوز الطعن في تصرفات المدين لا تخرج في جملتها عن الشروط التي تلزم لذلك في القوانين الحديثة، فكان يلزم صدور تصرف قانوني من المدين يؤدي الى اعساره أو الزيادة فيه، سواء كان ذلك بزيادة الالتزام، أو بابراء أحد دائنيه [1]، أو بالتصرف في بعض أمواله بغير الحصول على مقابل يساوي على الأقل الشيء المتصرف فيه [2]، أو أي تصرف آخر [3]. كما كان يجب أن يتوافر في جانب المدين شرط الغش "Consilium Fraudis"، و يعني هذا الشرط علم المدين أن بابرامه التصرف قد يتسبب في اعساره، أو في زيادة هذا الاعسار، و يفترض قصده الى غش دائنيه اذا تصرف في كل أمواله عالما بما عليه من ديون [4]. أما الغير المتعامل مع المدين، فكان يشترط علمه بأعسار المدين اذا كان تصرفه معاوضة، أما اذا كان يكتسب المال من المدين بدون عوض فلا يشترط فيه هذا العلم، و تقبل الدعوى ضده و لو كان حسن النية، أي حتى لو كان يجهل أن التبرع الذي قام به المدين يؤدي الى اعساره أو زيادته، لأن رعاية الدائن، و هو يسعى لدرء خسارة، أولى من حماية المتبرع له الذي يسعى الى الاحتفاظ بمنفعة آلت اليه مجانا، و اذا حصل أن تصرف المتصرف اليه في الحق الذي اكتسبه الى شخص ثالث فيجوز رفع الدعوى على هذا الأخير بشرط أن يكون سيء النية، أو مكتسبا بدون عوض، و بشرط أن تكون الدعوى ذاتها مستوفاة شروطها بالنسبة لسلفه الذي اكتسب هذا المال من قبل [5].

---

(1) أنظر/عبد المنعم بدر و البدراوي: المرجع السابق/ص525 ف597 — مونييه: المرجع السابق/ص247 ف180.

(2) مونييه: المرجع السابق ف180.

(3) و كان الوفاء لأحد الدائنين، و لو قبل صدور الأمر بالحيازة المؤقتة لأموال المدين "Missio in Bonna"، قابلا للطعن فيه، كما كان ترتيب رهن غشا لأحد الدائنين قابلا للطعن فيه كذلك، على خلاف ما كانت عليه الحال في أحكام أمر الغش، و لكن الامتناع عن الاغتناء لم يكن قابلا للطعن فيه — صوفي حسن أبو طالب: المرجع السابق ص من 81 الى ص86 — عمر ممدوح مصطفى: المرجع السابق ص456.

(4) صوفي حسن أبو طالب: المرجع السابق ص83 — مونييه: المرجع السابق الذكر ف180 عبد المنعم البدراوي: المرجع السابق ص525 ف597 — و المفروض أن تكون هذه الديون سابقة في نشوئها على التصرف.

(5) عبد المنعم بدر و البدراوي: المرجع السابق ص536 — مونييه: المرجع السابق ص247 ف180.

و الهدف من هذه الدعوى هو هدم التصرف المطعون فيه ، و لذا كانت دعوى تحكمية تؤدى الى الحكم بتعويض مالي يحدد من طرف القاضي بتقدير الدائنين [1]، و ذلك في حالة عدم قيام المدعي عليه بما أمره به القاضي كأن يرفض المتعاقد أو المستفيد من التصرف المطعون فيه ، رد المال أو فسخ العقد المبرم مع المدين ، أو اعتبار التنازل الصادر من المدين عن دين كأن لم يكن ، و قد كانت الدعوى البولصية تنتهي عملا برد المال المتصرف فيه ، فيتحقق بذلك عدم نفاذ التصرف المطعون فيه .

و اذا رفعت الدعوى البولصية على المدين الغاش أو المتصرف اليه سيء النية سواء أكان التصرف معاوضة أم تبرعا ـ في خلال سنة من تاريخ بيع أموال المدين ، فانه يحكم فيها بتعويض مجموع الأضرار التي لحقت الدائنين ، حتى لو كان المتصرف اليه لم يستفيد من التصرف بقدر هذه القيمة . أما اذا رفعت بعد فوات السنة ، فيكون ما يحكم به من تعويض على المدين الغاش أو المتصرف اليه ، أو الورثة في حدود ما اغتنوا به من التصرف ، وكذلك ما أهملوا الاغتناء به غشا .

أما اذا رفعت الدعوى ضد متصرف اليه حسن النية ، كالموهوب له ، أو الذى استولى على مال تخلى عنه المدين بمحض ارادته ، فلا يحكم عليه بتعويض الا في حدود ما اثرى به [2]. و عودة المال المتصرف فيه ، أو الحكم بمبلغ التعويض ، كان يحقق فائدة جميع الدائنين ، فالدعوى كانت ترفع من قبل وكيل الدائنين لمصلحتهم جميعا . و لذا لا يستقل أحدهم دون الآخرين بما يترتب من نتائج عنها [3].

و قد أثير الخلاف في الفقه حول تحديد طبيعة الدعوى البولصية في القانون الروماني ، فهم و ان كانوا قد أجمعوا على أنها دعوى تحكمية ، فانهم مختلفون حول كونها دعوى جنائية أو دعوى مدنية ، و حول كونها دعوى عينية أو دعوى شخصية ، و لا يهمنا من هذا

---

(1) مازو" MAZEAUD " : دروس في القانون المدني /الطبعة الخامسة ، ج 2/ 1973 . ف 981 ـ " ALEX WEILL & TERRE " : الالتزامات/الطبعة الثانية ، 1975 ص 922 ف 861 .

(2) عمر ممدوح مصطفى : المرجع السابق /ص 453 ـ مونييه : المرجع السابق/ص 250 ف 181 .

(3) انظر : صوفي حسن أبو طالب : المرجع السابق ص 832 ـ عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد / الجزء الأول / 1934 /ص 779 هامش (2) ـ الوسيط في شرح القانون المدني : الجزء الثاني : الاثبات ، آثار الالتزام ، ص 996 ، هامش (2) .

النقاش سوى ما يتعلق بكون الدعوى شخصية أو عينية[1]. أما وصفها كدعوى جنائية أو كدعوى مدنية، فلم يعد له أهمية في القوانين الحديثة، وعلى كل حال فلم يستطع الفقه أن يحسم الأمر في كون الدعوى البولصية كانت في القانون الروماني دعوى جنائية أو مدنية ويرجع شراح القانون الروماني أن السبب في هذا الخلاف يرجع الى أن أحكام هذه الدعوى ـ كما سبق أن بينا ـ عبارة عن مزيج من أحكام الأمر بالرد، وأمر الغش وكان هذا الأخير ذا طبيعة جنائية، أما أمر الرد فكان ذا طابع مدني. ولذا انعكس هذا الازدواج في الأساس الذي تقوم عليه هذه الأحكام على الدعوى البولصية، فشبهها الفقهاء بدعوى الاكراه أو التدليس، واعتبروا غش الدائنين جريمة بريتورية مثل جريمتي الاكراه والتدليس، وسندهم في ذلك، أن الدعوى البولصية، مثل هاتين الدعويين، موقوتة بسنة واحدة، كما أن جواز رفع الدعوى البولصية ضد المدين سيء النية في حالة تعذر رد الأموال التي خرجت من ذمة المدين يدل على الطابع الجنائي لهذه الدعوى، ولكنهم يشيرون الى أحكام لها لا تترتب الا على أساس اعتبارها دعوى مدنية[2]، كعدم امكان رفعها بطريق دعوى التخلي ضد رب الأسرة، اذا كان أحد الخاضعين لسلطته هو الذي تعامل مع المدين المعسر، وجواز رفع الدعوى ضد ورثة من استفاد من التصرف المطعون فيه، ولكنهم يلتزمون فقط بقدر اثرائهم[3]، ويجوز أيضا لورثة الدائن رفع الدعوى البولصية.

وخلاصة ما تقدم هي، أن الدعوى البولصية نشأت في القانون الروماني، وعرفت تطورا ملحوظا فيه، وكان يشترط لممارستها نفس الشروط الموجودة في قوانيننا الحديثة، غير أنها تميزت في القانون الروماني بأن اجراءاتها جماعية ذات أثر جماعي، وأنها من الدعاوى التحكمية، الا أن الفقه اختلف حول كونها دعوى مدنية أو جنائية، ولم يجزم الفقه بأن الدعوى البولصية كانت دعوى جنائية أو مدنية، الا أنه أجمع على أنها من الدعاوى الشخصية[4].

---

(1) لأن وصف الدعوى بالعينية أو الشخصية هو الذي يمكن أن يكون له أثر على تحديد طبيعة الدعوى في القوانين الحديثة، لأن وصف الدعوى بأنها عينية يقصد به تقرير التزام المدعي عليه بالرد، وهذا لا يستقيم الا مع تكييف الدعوى بأنها دعوى بطلان. أما وصفها بأنها دعوى شخصية، فيقوم على اعتبارها، دعوى بطلب التعويض، ممن أجاز القانون رفعها ضدهم عن الخطأ الذي ارتكبوه، بابرام التصرف الذي حصل به غش الدائنين، أو على أساس التزامهم برد ما أثروا به، بلا سبب على حساب الدائنين (بالنسبة الى المتبرع له حسن النية:
أنظر في ذلك: جميل متولي الشرقاوي/دراسة في طبيعة الدعوى البولصية في القانون المدني المصري (مجلة القانون والاقتصاد، العدد 1، سنة 1929 ص 8، 9 ـ وانظر في الخلاف حول عينية أو شخصية الدعوى البولصية في القانون الروماني في فقه المحشين وكتاب القانون الفرنسي القديم: مقالة "أشير" السابقة الذكر ص من 87 الى 104.
(2) مونبيه: المرجع السابق ف. 181 ـ عبد المنعم البدراوي: المرجع السابق ف. 599.
(3) مونبيه: نفس الموضع في هامش (2) ـ عبد المنعم البدراوي: ص. 598.
(4) صوفي حسن أبو طالب: المرجع السابق ص. 98 ـ عمر ممدوح مصطفى: السابق ص. 459.

الفصـل الثـانـي

تطور الدعوى البولصية في بعض القوانين

بعد أن عرفنا نشأة الدعوى البولصية، و تطورها في القانون الروماني، يحسن بنا، قبل أن ننتقل الى أحكام هذه الدعوى في كل من القانون الفرنسي القديم و الجديد، أن نتعرض لوضع هذه الدعوى في الشريعة الاسلامية.

المبحث الأول :

الدعوى البولصية في الشريعة الاسلامية

عرف الفقه الاسلامي هو الآخر، الفكرة التي تقوم عليها الدعوى البولصية: فالفقهاء المسلمون مجمعون على جواز الحجر على المدين الذي تزيد ديونه على أمواله، اذا طلب غرماؤه ذلك. و نظام الحجر في الفقه الاسلامي له غرض مزدوج: فهو من جهة، وسيلة لحماية حقوق الدائنين، و ذلك بمنع المدين من التصرف في ماله بكل التصرفات الضارة بهم، كما أنه وسيلة تمكنهم من الحصول على حقوقهم، و استيفاء حقوقهم من ثمنها من جهة أخرى[1].

هذا و الشريعة الاسلامية لا تفرق بين الافلاس المدني، و الافلاس التجاري، فمتى استغرق مال المدين ديونه، أصبح مفلسا يحجر عليه و تباع أمواله، و توزع بين الدائنين[2].

و يذهب فقهاء الشيعة الى منع المدين المحجور عليه من كل تصرف، و يبطلون هذا التصرف. و قد جاء في كتاب الخلاف الطوسي (التفليس): "اذا أفلس الرجل و حجر عليه الحاكم ثم تصرف في ماله اما بالهبة أو البيع أو الاجارة أو العتق أو الكتابة أو الوقف كان تصرفه باطلا"[3].

و جاء في جواهر الكلام، كتاب المفلس: "فلو تصرف كان باطلا، سواء كان بعوض كالبيع و الاجارة، أو بغير عوض كالهبة"[4].

---

(1) أحمد الحطيب: "الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الاسلامي و القانون المقارن": رسالة للدكتوراه، القاهرة 1964 ص، 343، أشار الى ذلك عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، ج. 2: أحكام الالتزام سنة 1977م، 95 ف، 198 .

(2) عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، المرجع السابق ص، 749 هامش (1).

(3) أشار الى ذلك عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق ص، 95 ف، 198 .

(4) أشار الى ذلك عبد المجيد الحكيم: المرجع السابق ف، 158، و يشير الى أن الصفحات غير مرقمة .

وقد ذهب الامام "مالك" الى أكثر من ذلك، فقد منع من أحاط الدين بماله، بأن زاد عليه أو ساواه، من أن يتصرف في أمواله تصرفا ضارا بمصلحة غرمائه من قبل أن يفلسه القاضي (أي قبل صدور الحكم بحجره أو تفليسه)، فلا تجوز عقوده التي موضوعها تبرع كالهبة، والبيع بالمحاباة، وما يشبه ذلك[1] .

ومن الشروط التي يشترطها الفقه الاسلامي لتقييد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله الصادرة منه قبل الحجر عليه، أن يكون المدين عالما وقت التصرف بأن الدين محيط بماله، ويشترط أن يعلم يقينا بذلك. أما اذا كان يعتقد أن الدين غير محيط بماله، أو لا يدري هل يفي ماله بما عليه من الديون، نفذت تصرفاته، حتى لو كان الدين فعلا محيطا بماله وهو لا يعلم ذلك[2]. وكذلك يجب أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارا بحقوق الدائنين. ويجب التمييز بين حالة احاطة الدين بمال المدين، وذلك قبل الحجر عليه، وحالة التفليس العام، فان تصرفات المدين تتقيد في الحالة الثانية[3] أكثر مما تتقيد في الحالة الأولى .

ففي الحالة الأولى، أي حالة احاطة الدين بمال المدين، وقبل الحجر عليه، لا يجوز للمدين أن يتصرف في ماله بغير عوض، اذا كان هذا التصرف لا يلزمه، ولم تجر العادة بفعله، فلا تجوز هبته لأن الهبة تضر بالدائنين، فلا تنفذ في حقهم. ولكن يجوز له أن يتصرف تبرعا بما يلزمه، كنفقته على من تجب عليه النفقة، وكذلك ما جرت العادة بفعله، كالأضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة[4]، ويجوز بيعه وشراؤه بشرط عدم المحاباة، لأن المحاباة تبرع .

ويوضح "ابن القيم الجوزية" ذلك بقوله : "أن حق الغرماء قد تعلق بماله، ولهذا يحجر عليه الحاكم، ولولا تعلق حق الغرماء بماله لم يسع الحاكم الحجر عليه، فصار كالمريض مرض الموت لما تعلق حق الورثة بماله منعه الشارع من التبرع بما زاد على الثلث، فان في تمكينه من التبرع بماله ابطال حق الورثة، وفي تمكين هذا المدين من التبرع ابطال حقوق الغرماء، والشريعة لا تأتي بمثل هذا، فانها انما جاءت بحفظ حقوق أرباب الحقوق بكل طريق، وسد الطرق المفضية الى اضاعتها، وقال النبي، صلى الله عليه وسلم: "من أخذ أموال الناس يريد أداءها أداها الله عنه، ومن أخذها يريد اتلافها أتلفه الله." ولا ريب أن هذا التبرع اتلاف لها، فكيف ينفذ تبرع من دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم على فاعله ؟"[5] .

---

(1) أشار الى ذلك "عبد المجيد الحكيم": المرجع السابق، ف. 158 .
(2) "السنهوري": مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الطبعة الثالثة، ج 5، 1968، ص 151 .
(3) لا تهمنا سوى الحالة الأولى، لأنها تماثل نظام الدعوى البولصية. أما فيما يخص الحالة الثانية (حالة التفليس العام)، فهي تماثل نظام الافلاس التجاري والاعسار المدني .
(4) "السنهوري": مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ص 152 .
(5) اعلام الموقعين 42، ص 8/9. أشار الى ذلك "عبد المجيد الحكيم": المرجع السابق، ف 160 .

و اختلف قول الامام مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض و في رهنه ، و يذهب الامام مالك الى أنه "لا يجوز للمدين الذي أحاط الدين بماله ، أن يوفي دينا لم يحل أجله و لا أن يوفي دينا حل أجله بكل ما عنده من مال ، و لكن له أن يوفي دينا حالا ببعض ما عنده من المال"[1] .

و يتبين مما تقدم أن المدين المعسر تقيد تصرفاته الضارة بدائنيه على النحو الذي تقدم حتى قبل الحجر عليه ، وبهذا يكون الفقه الاسلامي قد وصل في معالجته لأحكام الدعوى البولصية الى ما لم تصل اليه القوانين الحديثة ، و منها قوانيننا ، فهو قد اعتبر تصرفات المدين الضارة بالدائنين غير صحيحة و غير سارية من غير حاجة الى صدور حكم ، و بذلك يكون قد وفر على الدائن مشقة اللجوء الى القضاء .

المبحث الثاني

الدعوى البولصية في القانون الفرنسي القديم و الجديد

نصادف في القانون المدني الفرنسي شيئا جديدا ، لم نعهده من قبل ، و هو أن الدعوى البولصية فقدت الطابعين الأساسيين اللذين عرفتهما في القانون الروماني و هما طابع العقوبة و العمومية[2] ، و ذلك أن القانون الفرنسي لم يقنن نظرية الافلاس المدني ، كما هي الحال في الافلاس التجاري بجعل اجراءات الطعن عامة تشمل جميع الدائنين ، حتى من لم يطعن منهم في تصرفات المدين .

و الملاحظ أن هذه الدعوى في ظل القانون المدني الفرنسي القديم ، كانت قليلة الاستعمال لقلة أهميتها العملية ، ذلك أن القانون المدني الفرنسي القديم كان يضع في متناول الدائنين وسيلة أخرى أقوى من الدعوى البولصية ، و هي دعوى الرهن "Action Hypothécaire"[3] فمعظم التصرفات كانت تتم أمام الموثق ، و ترتب بقوة القانون رهنا عاما لصالح الدائنين ، على أموال مدينيهم ، يكون من نتائجه ، أن يحصل الدائن على حق التأمين مع حق التتبع على جميع عقارات مدينه ، مما جعل استعمال [illegible] ضروري كما يقول بعض المؤلفين[4] .

---

(1) عبد المجيد الحكيم : المرجع السابق ، ف. 160 ـ السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص. 152 .

(2) ألكس ويل و تيري : المرجع السابق ، ص. 922 ، ف. 861 ـ مازو : المرجع السابق ، ص. 1024 ف. 981 .

(3) أشير : مقالته السابقة الذكر ، ص. 99 ـ ألكس ويل و تيري : المرجع السابق ص. 922 ـ سيناي : بحثها السابق الذكر ، ص. 184 ف. 2 .

(4) أنظر مقالة "أشير" : السابقة الذكر ، ص. 100 ف. 9 ، جميع المؤلفين الذين أشار اليهم .

و لكن الدعوى البولصية، ما لبثت أن استعادت مكانتها و أهميتها مع ظهـــور التقنين المدني الفرنسي الحديث، و ذلك بسبب اختفاء الرهن العام المرتبط بالتصرفات الموثقة من جهة، و تطور الثروة المنقولة من جهة أخرى، اذ أصبح الدائنون لا يحصلون على تأمين عام فيما يتعلق بالأموال المنقولة، لأن الرهن لا يترتب الا على العقارات .

غير أن واضعي القانون المدني الفرنسي الجديد لم يجدوا أحكام الدعـــوى البولصية عند الباحثين القدماء، و بالخصوص عند "بوتييه " "POTHIER" الذي كان مـــن أشهر فقهاء القرن الثامن عشر، اذ عن مؤلفاته نقلت أحكام القانون الروماني الى مجموعـــة التقنين الفرنسي الصادر في 1804 و المعروف باسم "قانون نابليون" ، و لم تنظم مجموعة نابليون أحكام الدعوى البولصية في شروطها ، أو في آثارها ، بل اقتصرت على تقرير حـــق الدائنين في الطعن في تصرفات مدينهم التي تصدر منه غشا لهم اضرارا بحقوقـــهم[1].

اضافة الى ذلك، فان القانون الفرنسي ، و ان كان قد نص على تطبيقات للدعوى البولصية في حالات و ذلك في المواد 622، 788، و 882[2]، فان هذه الحالات لا تقدم أي توضيح اضافي ، و هذا الغموض في القانون الفرنسي ، جعل البعض يرى أن القانون الفرنسي في تنظيمه للدعوى البولصية استند مباشرة الى القانون الروماني[3].

و مما تجب ملاحظته ، هو أن هذه الدعوى في القانون الفرنسي ، قد تطورت بواسطة المحاكم، لأن جملة الأحكام القضائية التي صدرت في تطبيق قواعد هذه الدعوى ، منذ مجموعة نابليون ، تشكل المصدر الحقيقي للدعوى البولصية في القانون الفرنســي[4] ، و لا تترك لتقاليد القانون الروماني سوى دور ضئيل و اسمي فقط[5].

و يشترط للطعن بالدعوى البولصية في القانون الفرنسي أن يصدر من المدين تصرف قانوني ضار بالدائنين ، و يتحقق الضرر اذا كان المدين معسرا ، أي ليس له أموال كافية للوفاء بما عليه من ديون ، و يشترط أن يكون هذا التصرف حتى يجوز الطعن فيـه ، هو السبب في اعسار المدين أو الزيادة في اعساره . كما يشترط حتى يعتبر التصرف ضارا بالدائن أن يكون حق هذا الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه باستثناء الحالة التي يعقد فيها المدين التصرف اضرارا بدائن لاحق ، غير أن لا يشترط أن يكون حق الدائن

(1) Art. 1167/1 C.Civ. Fr.:"Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leur droits"

(2) أما فيما يتعلق بالمواد 622، 788، و 882 فسوف نشير لها في حينها .

(3) مازو : المرجع السابق، ص 1024 ف 981 ـــ ويل و تيري : المرجع السابق، ص 923 ف 861 ـ ديموج " Demogue" : الالتزامات ج السابع 1933 ، ص 406 ف 1030 .

(4) Planiol et Ripert, par Esmein, Radouant et Gabolde: Traité pratique du droit civil français, 2eme ed Tome VII, 1954:

و هم يقولون في هذا الصدد : "أن ما يجب أن يطبق هو القواعد القديمة كما فسرها و طبقها القضاء الفرنسي " ، ص 257 ف 923 .

(5) أوبري و رو " Aubry et Rau: droit civil français 6eme ed. Tome IV par Bartin, 1942. P. 256.

مستحق الأداء[1] يلزم كذلك توافر الغش لدى المدين، و يعتبر علمه حال التصرف باعساره قرينة على هذا الغش،كما يشترط أن يكون الشخص الذي يتعامل مع المدين مشتركا معــه في هذا الغش،و يعتبر علمه باعسار المدين قرينة على اشتراكه في الغش،غير أن شـــرط الغش بالنسبة الى المتصرف اليه ، لا يلزم ان كان التصرف تبرعا .

هذا و الطعن بالدعوى البولصية في القانون الفرنسي، لا يجوز الا في التصرفات التي تتضمن انقاص حق من ذمة المدين معاوضة، أو تبرعا ، دون التصرفات التي تنطوي على زيادة التزامات المدين ،كذلك لا يجوز الطعن في الوفاء الحاصل من المدين لأحد دائنيه و لو كان مع العلم بما يسببه ذلك من ضرر لباقي الدائنين ،مع اختلاف الفقه في هـــذه المسألة[2] .

و يترتب على الطعن بالدعوى البولصية، أن يعتبر التصرف المطعون فيه كأنــه لم يوجد بالنسبة الى الدائن الطاعن .هذا و يلاحظ أن فائدة الدعوى البولصية تقتصــر في القانون الفرنسي على الدائن رافع الدعوى وحده وكذا من يتدخل معه فيهـــا دون غيرهم من باقي الدائنين، و لو توافرت لهم شروط رفعها ، و ان كان لهؤلاء أن يرفعـــوا دعواهم حتى حصول التوزيع نهائيا[3] .و يستطيع المتصرف اليه ،أن يتجنب نتائج الدعوى اذا وفى للدائن الطاعن حقه .

أما في علاقة المتصرف اليه بالمدين، فان الطعن بالدعوى البولصية، لا يرتــب أي أثر، بل يبقى التصرف قائما ،و يرجع المتصرف اليه على المدين بما خسره نتيجة الدعوى، وكذلك ان بقي من ثمن المال المتصرف فيه شيء بعد الوفاء بحق الدائن رافع الدعوى ، فيظل حقا للمتصرف اليه ، لا للمضين ، أو دائنيه[4] .

---

(1) و في هذا، اختلف القانون الفرنسي عن قوانيننا، التي تشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء: أنظر ص،148 من هذا البحث.

(2) أنظر ص، من 74 الى 78 من هذا البحث .

(3) و هذا ما سنراه عند الكلام عن آثار الدعوى البولصية ـ و أنظر في شروط الدعوى البولصية و آثارها في القانون الفرنسي : "أوبري" و " رو" : المرجع السابق، ص، 196 ف، 313، و ما بعدها ـ "بلانيول" و "ريبر" و "بولانجيه " : المرجع السابق ف، من 1423 الى 1456ـ "بلانيول" و "ريبر" و "اسمان " : المرجع السابق الذكر، ف، من 928 الى 966 الخ من المراجع العامة التي نشير اليها كلما اقتضى الأمر

(4) Beudant et Lerebours Pigeonnière: Cours de droit Civil Français Tome VIII , 2° Ed. par Lagarde, 1936?, N 657 .

Colin et Capitant: Traité de droit civil Français, Tome II, par Julliot De la Morandière, 1959, N° 1392 et 1393 .

و غير ذلك من المراجع العامة التي نشير اليها عند الكلام عن آثار الدعوى البولصية .

ونخلص مما تقدم الى القول بأن القانون الفرنسي، وان كان قد استند في تفصيلات أحكام الدعوى البولصية الى القواعد المستقرة في القانون الفرنسي القديم والمأخوذة عن القانون الروماني، فانه قد طور وبلور أحكام هذه الدعوى بواسطة أحكامه القضائية التي أصبحت تغني عن الرجوع الى غيرها في معرفة قواعد الدعوى البولصية، مع التركيز والتذكر بأن هذه الدعوى فقدت صفتين هامتين عرفتهما في القانون الروماني وهما، طابع العقوبة والعمومية .

وبعد أن انتهينا من التقنين الفرنسي القديم، والحديث، ننتقل الى التقنين المصرى القديم، والتعديلات الجوهرية التي أدخلها التقنين المصرى الحديث على هذه الدعوى .

المبحث الثالث

الدعوى البولصية في التقنين المصرى القديم والجديد

كان موضوع الدعوى البولصية في التقنين المصرى القديم، يتسم، بالغموض والاقتضاب، شأنه في ذلك شأن التقنين الفرنسي، اذ جاءت المواد المتعلقة بالدعوى البولصية في التقنين المصرى القديم[1]، بعيدة عن اعطائنا تنظيما كاملا للدعوى البولصية .

كما أن هذه الدعوى كانت تسمى في التقنين السابق "بدعوى ابطال التصرفات"[2] وهذا ما نلاحظه في المادتين، 143 / 204، وان كان قد عدل عن ذلك في المادتين 556 / 680 الى لفظ "الطعن" .

واذا تمعنا جيدا في نصوص التقنين المصرى القديم المشار اليها في الهامش، يتبين لنا مدى غموض هذه النصوص، اذ لا نخلص منها الى معنى مستقر ثابت .

هذا ويلاحظ "السنهورى" "أن المشرع المصرى في القانون المدني القديم، كرر قاعدة واحدة في موضوعين متفرقين بعبارتين مختلفتين . فهو من جهة، وضع القاعدة العامة في الدعوى البولصية، وتناول فيها المعاوضات، والتبرعات، وذلك في المادتين 143 / 204 . وكرر نفس القاعدة في المادتين 556 / 680، ولم يذكر سوى المعاوضات .

---

(1) نصوص التقنين المصرى القديم :
المادتين 143/680 : "للدائنين في جميع الأحوال الحق في طلب ابطال الأفعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم، وفي طلب ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق اضرارا بهم" ـ ونصت المادتان 556/680 : "لا يجوز الطعن من الدائنين في تصرف مدينهم في أمواله بمقابل الا اذا كان التصرف حاصلا للاضرار بحقوقهم" ـ ونصت المادتان 53/76 : "لا يجوز لأحد أن يوقف ماله اضرارا بمداينيه وان وقف كان الوقف لاغيا" ـ ونصت المادة 74 من القانون المدني المختلف : "لا يجوز لأحد أن يهب شيئا اضرارا بمداينيه الموجودين وقت الهبة" .
انظر ذلك في مؤلف نظرية العقد للسنهورى : المرجع السابق، ص 777 .
(2) عبد الرزاق السنهورى : الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، المرجع السابق ص 997 .

كما أنه عبر عن الأعمال القانونية التي يجوز الطعن فيها بلفظ "الأفعال" الأمر الذى يفهم منه أن المقصود هي الأفعال المادية[1]، هذا و لم يذكر القانون المصرى القديم التمييز الأساسي بين التصرفات بموضوعه حيث يشترط اشتراك المدين مع من تصرف اليه في الغش، و التبرعات حيث لا يشترط ذلك .

نتيجة لكل ذلك، فان التقنين المدني المصرى الجديد، و هو بصدد استيفاء المسائل التي كانت في التقنين المدني القديم شديدة الغموض، تناول القواعد المتعلقة بالدعوى البولصية بشيء من التفصيل، لكي يتجنب عيوب التقنين السابق. و يرجع الفضل في ذلك الى القضاء الذى استكمل هذا النقص مستعينا بالتقاليد التي استقرت في القانون الفرنسي نقلا عن القانون الروماني .

غير أن ما تجب ملاحظته، هو أن التقنين المدني المصرى الجديد لم يكتف بأحكام القضاء السابقة، بل استحدث بعض التعديلات الهامة في أحكام الدعوى البولصية، سواء فيما يتعلق بشروط هذه الدعوى، أو بآثارها. و نشير الى هذه التعديلات بصورة موجزة، حتى تتاح لنا فرصة أوسع لدراسة هذه التعديلات بشيء من التفصيل في حينها، و أهم هذه التعديلات[2]، تتخلص في الآتي :

- وسع التقنين المدني المصرى الجديد في نطاق التصرفات التي يجوز للدائن أن يطعن فيها بالدعوى البولصية، فبعد أن كان التصرف المفقر محدود المعنى - في التقنين المدني السابق و كذا في القانون المدني الفرنسي و القانون الروماني - و يقتصر على التصرف الذى ينقص من حقوق المدين، أصبح يشمل أيضا التصرفات التي تزيد في التزامات المدين .

- كما أنه أجاز الطعن بالدعوى البولصية في الوفاء الحاصل من المدين المعسر، و تقديمه أحد دائنيه على الآخرين، و بذلك يكون قد حسم الخلاف الذى كان في عهد التقنين المدني السابق، و الشك الذى ما يزال يكتنف حكم هذين التصرفين في القواعد الراهنة .

- و كذلك جعل آثار هذه الدعوى تشمل سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط استعمالها، بعد أن كان أثرها فرديا، لا يستفيد منه سوى الدائن الذى يرفعها، و بذلك يكون قد تجنب هذه النتيجة الشاذة، و الغريبة الموجودة في التقنين المدني الفرنسي، و معظم تقنينات الدول الغربية .

- كما أنه أقام قرائن قانونية على اعسار المدين، و على غشه، و على اشتراك المتصرف اليه الأول، و المتصرف اليه الثاني في هذا الغش، و جعل للمتصرف اليه

---

(1) عبد الرزاق السنهورى : نظرية العقد، المرجع السابق الذكر، ص. 777 ف. 728 .
(2) أهم هذه التعديلات ذكرت في مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، ص. 604 و 605 .

سبيلا لتوقي آثار هذه الدعوى كأن يقوم بايداع الثمن خزانة المحكمة.

ـ و أخيرا، أنشأ تقادما خاصا للدعوى البولصية مدته ثلاث سنوات بعد أن كان سنة في المشروع التمهيدي[1]، و خمس عشرة سنة في التقنين المدني المصري السابق[2].

و هكذا يتفادى القانون المدني المصري الجديد عيوب التقنين المدني القديم، يكون قد سجل في نصوصه، آخر مراحل التطور للدعوى البولصية التي أصبحت تدعـــى "بدعوى عدم نفاذ التصرف". و لم تعد شروط الدعوى البولصية و آثارها في القانون المدني المصري تحدد بالرجوع الى القواعد الرومانية، أو قواعد القانون المدني الفرنسي القديم، كما تؤخذ من أحكام القضاء، أو شروح الفقه في فرنسا. فقد نظمت نصوص المجموعة المدنية المصرية الحالية هذه الشروط، و الآثار في المواد من 237 الى 243[3]. و أصبحت نصوص هذه المواد مصدر أحكام الدعوى البولصية في القانون المدني المصري.

المبحث الرابع

الدعوى البولصية في القانون المدني الجزائري و القوانين العربية

سار على غرار التعديل الذي أحدثه التقنين المدني المصري الجديد، للدعوى البولصية، قانوننا المدني الجزائري الذي خصص لهذه الدعوى، سبع (07) مواد[4].

و كذا معظم تقنينات الدول العربية، فالمجموعة المدنية السورية، نظمت الدعوى البولصية في المواد من 238 الى 244، و نظمها التقنين المدني العراقي في المواد من 263 الى 269. و في التقنين المدني الليبي، نظمتها المواد من 240 الى 246، و هي مطابقة لنصوص المجموعة المصرية. أما تقنين الموجبات و العقود اللبناني، فقد خصص لهذه الدعوى مادة واحدة، و هي المادة 273، و أحكام الدعوى البولصية فيه مأخوذة من القانون الفرنسي.

و نخلص من كل ما سبق، الى أن الدعوى البولصية نشأت في القانون الروماني، و منه انتقلت الى القانون الفرنسي، و عن هذا الأخير، أخذها القانون المصري الذي اتبع نفس مسلك المشرع الفرنسي في المجموعة المدنية السابقة التي ألغيت في سنة 1949، و أدخل

---

(1) أنظر السنهوري: الوسيط ج. 2، المرجع السابق، و هو يشير الى ما جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي، ص. 999، هامش (1).

(2) أنظر السنهوري: نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 814 ف. 740 مع الأحكام و المراجع التي أشار اليها في الهامش رقم (3).

(3) فيما يتعلق بشروط، و آثار الدعوى البولصية في القانون المدني المصري، فاننا نفضل الاشارة اليها كلما اقتضى الأمر ذلك عند الكلام عن شروط و آثار هذه الدعوى في قوانيننا،

(4) أنظر القانون المدني الجزائري: المواد من 191 الى 197.

على أحكام الدعوى البولصية عدة تعديلات نظمتها نصوص المجموعة المدنية الحالية، و بهذا التجديد الذى جاء به القانون المدني المصرى أخذت قوانيننا [1]، و بذلك تطورت قواعد هذه الدعوى على خلاف القانون المدني الفرنسي الذي اكتفى بطرح المبدأ ، وكذا الشأن بالنسبة الى قانون الموجبات اللبناني الذى ساير في تنظيمه لهذه الدعوى، التقنين المدني الفرنسي .

و يجدر بنا في هذه الخلاصة، أن نشير الى أن قوانين الدول الجرمانية، قد توسعت، هي الأخرى، في قواعد الدعوى البولصية ، اذ يوجد في ألمانيا تنظيم تفصيلي للدعوى البولصية، و لكنه غير موجود في المجموعة المدنية بل صدر به قانون في 21 جويلية 1879 المعدل بقانون 17 ماى 1898، ينظم الدعوى البولصية خارج حدود الافلاس، هذا بالاضافة الى أن القانون الألماني ، يستغني الى حد كبير عن الدعوى البولصية بتنظيم طريقة للافلاس المدني على نسق الافلاس التجارى، فيعين "سنديك"، يصفي أموال المدين و يوزعها على الدائنين ،كما يفعل في حالة الافلاس التجارى [2] .

هذا، و المشرع السويسرى ينظم هو الآخر ، الدعوى البولصية تفصيلا بقانون خاص هو قانون 11 أفريل سنة 1889، بالاضافة الى الافلاس المدني على نسق الافلاس التجارى بالنسبة الى كل شخص سجل اسمه في السجل التجارى، و لو لم يكن تاجرا [3] .

================

(1) سنفصل دراسة هذه الأحكام عندما نتناول مجال استعمال الدعوى البولصية و شروطها و آثارها في الأبواب و الفصول القادمة .

(2) أنظر في تفصيلات ذلك :القانون الألماني : "ديموج"، المرجع السابق، ص 564 ف. 1156 .

(3) أنظر في تفصيلات ذلك :القانون السويسرى لا "ديموج"، المرجع السابق، ص 567 ف. 1157 .

الفصل الثالث

طبيعة الدعوى البولصية

بعد أن فرغنا من دراسة أصل الدعوى البولصية، و تطورها في بعض القوانين، نتساءل في هذا الفصل، عن الطبيعة القانونية للدعوى البولصية التي هي من المسائل التي شغلته و لا زالت تشغل الفقه [1]، سواء في فرنسا، أو في مصر. اذ قد أثارت خلافا حادا منذ عهد بعيد، عرف منذ القرن الثاني عشر، و بقي قائما بين الفقه الحديث بنفس الشدة التي كان عليها عند المحشين "Glossateurs"، [2]، الى الحد الذى جعل البعض [3] يرى "أن الدعوى البولصية، دعوى شكلتها القرون على صورة جعلت لها سمات خاصة، فهي تهدف الى الدفاع عن حقوق الدائنين مع احترام مصلحة الغير حسن النية".

و ترى "سيناى"، بعد استعراضها لشروط الدعوى البولصية و أحكامها "اعتبار الدعوى البولصية، دعوى من طبيعة خاصة، تستعصى على الدخول في نطاق نظام قانوني معروف، و يستحيل تكييفها تكييفا موحدا" [4].

هذا و سنرى، أن جهود الفقه، لم تصل في توضيح طبيعة الدعوى البولصية الى رأى يقنع جل الفقهاء، أو بعضهم، فقد جعلها البعض، دعوى ببطلان التصرف المطعون فيه، كما جعلها البعض الآخر، دعوى تعويض للدائن عن الضرر الذى أصابه، نتيجة التصرف المطعون فيه، كما ظهر رأى حديث، يرى أن تؤخذ طبيعة الدعوى من أثرها فقال أنها دعوى عدم سريان، أو عدم نفاذ، و لهذا رأى ضرورة دراسة الآثار قبل طبيعة الدعوى، لأن هذه الأخيرة، تتوقف على الأولى [5].

---

(1) أنظر: " Baicciamu " في مؤلفه عن الدعوى البولصية في القانون المقارن، باريس، سنة 1928، ص 71، حيث يقول:
"La plus grande incertitude règne aussi bien en doctrine, qu'en jurisprudence , relativement à la nature de l'action Paulienne ".

أشار الى ذلك، جميل متولي الشرقاوى: دراسة في طبيعة الدعوى البولصية، في القانون المدني المصري، مجلة القانون و الاقتصاد، العدد الأول، سنة 1929، ص 1.

(2) "أشير": مقالته السابقة الذكر، ص 85 ف 1.

(3) "كولان" و "كابيتان": المرجع السابق، ف 1386 حيث يقولان:
" L'Action Paulienne est une action modelée par les siècles en vue de défendre les droits des créanciers, tout en respectant les intérêts des tiers de bonne foi, elle a une physionomie à part " .

(4) "سيناى": بحثها السابق الذكر، ص 183 ف 1، حيث تقول عن الدعوى البولصية:
"Elle déroute tout juriste désireux de la ramener à une catégorie juridique déterminée, de lui donner une qualification unique ".

(5) أنظر جروبيه " GROUBER": l'Action Paulienne en droit Français contemporain, thèse, Paris 1913., P. 405 , N° 222.

و نحن نرى أن دراسة طبيعة الدعوى البولصية ، يجب أن تكون قبل دراســة الآثار، لأن هذه الأخيرة تختلف باختلاف التكييف الذى سوف ينتهي اليه الرأى الراجع في الفقه و القضاء، وكما حددته نصوص التشريعات .

هذا ، و هناك رأى آخر يتجه الى أن الدعوى البولصية ما هي الا "دعوى صورية مفترضة لمصلحة الدائن"[1].

الا أن النقاش الذى كان يدور في القانون الروماني ، انحصر حول ما اذا كانت الدعوى البولصية، دعوى جنائية، أو مدنية، شخصية، أو عينية . و لا يهمنا هنا، الا ما يدور حول عينية، أو شخصية الدعوى .

و على ضوء ما تقدم، نتناول في مبحث أول، أراء الفقه في تكييف الدعوى البولصية، مع عرض الخلاف القائم حول هذا الموضوع، فنتناول رأى القائلين بأن الدعوى البولصية ، دعوى بطلان ، ثم رأى القائلين بأنها دعوى تعويض ، و رأى القائلين بأنها دعوى عـدم نفاذ ، و أثناء عرض هذا الرأى الأخير، نشير الى الرأى القائل بأن الدعوى البولصية مـا هي الا دعوى صورية مفترضة، حتى ننتهي الى التكييف الذى سلم به معظم الفقه الحديث، و الذى أخذت به قوانيننا الحديثة، و منها ، القانون المدني الجزائرى. و نتناول فـي مبحث ثاني ، هل الدعوى البولصية، دعوى شخصية، أو دعوى عينية ؟

المبحث الأول :

أراء الفقه حول طبيعة الدعوى البولصية

ان صعوبة تفسير أحكام الدعوى البولصية، في نطاق نظام قانوني معروف، أدى الى تعدد الآراء في هذه المسألة .

المطلب الأول : الدعوى البولصية، دعوى بطلان .

ذهب بعض الفقه في تفسير الآثار التي تترتب على الطعن بالدعوى البولصية ، الى أن هذه الدعوى، دعوى بطلان التصرف الذى يطعن فيه الدائن ، و يجد هـذا الرأى سندا له في بعض النصوص التي وردت فيها كلمة "بطلان" . ففي القانون المدني الفرنسي ، تقضي المادة 622[2] ، "بأن دائني المنتفع يستطيعون ابطال التصرفات التي يبرمها اضرارا بهم" .

---

(1) جميل متولي الشرقاوى: بحثه السابق الذكر، ص. 36 ـ كما سنرى عند المقارنة بين بين هاتين الدعويين ، أن لكل منهما أحكاما مختلفة .

(2) Art. 622:"Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice".

كما تقضي المادة 788 [1] بأن "نزول الوارث عن التركة اضرارا بالدائنين، يجعل لهم الحق في القيام مقامه في قبولها باذن المحكمة، وأنه في هذه الحالة، لا يبطل النزول عن التركة الا لمصلحة الدائنين، وبقدر حقوقهم". وفي القانون المدني المصرى السابق، المادتان 143/204، تقضي بأن للدائنين الحق في طلب ابطال الأفعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم، وفي طلب ما حصل منه من التبرعات. كما قضت المادتان 53/76 باعتبار الوقف اضرارا بالدائنين لاغيا، الا أن المشرع المصرى عدل عن ذلك في المادتين 556/686 [2] الى لفظ الطعن، وهو أدق من لفظ الابطال.

وهكذا، فانه رغم أن نص المادة 1167 من القانون المدني الفرنسي، وهو النص الأصلي في موضوع الدعوى البولصية، لم يرد فيه الا لفظ طعن " Attaquer "، فان جانبا من الفقه، ذهب الى اعتبار الدعوى البولصية، دعوى بطلان تصرف المدين الذى حصل اضرارا بحقوق الدائنين، على أساس أن ابعاد الضرر كليا عن الدائن لا يتم الا بالقضاء على هذا التصرف عن طريق البطلان، وذلك حتى يمكن القول بأن الحق الذى تصرف فيه المدين قد خرج من ذمة المتصرف اليه بأثر رجعي، وحتى يتمكن الدائن الذى طعن في التصرف من أن ينفذ على هذا الحق، كما لو كان لم يخرج اطلاقا من ذمة مدينه، وما دام من المسلم أن الحكم في الدعوى البولصية يؤدى الى تمكين الدائن الطاعن من أن ينفذ على الحق الذى تصرف فيه المدين، دون أن يتعرض لمزاحمة دائني المتصرف اليه، فهي اذن دعوى بطلان، وليست دعوى تعويض [3].

كما يستند القائلون بأن الدعوى البولصية، دعوى بطلان، الى جواز الطعن بالدعوى البولصية في الهبة التي يبرمها المدين مع موهوب اليه حسن النية بحجة أن هذا الحكم لا يتفق مع قواعد المسؤولية التي يشترط فيها الخطأ.

كما استند القائلون بأن الدعوى البولصية، دعوى بطلان بتقاليد القانون الروماني

---

(1) Art 788"Les créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits, peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place. Dans ce cas, la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers".

(2) أنظر نصوص هذه المواد في القانون المصرى القديم، ص 20، هامش (1) من هذا البحث.

(3) أنظر: "جوسران "Josserand" : دروس في القانون المدني الفرنسي، 1939، ج 2 ف 704، أشير اليه في نظرية العقد، السنهورى: السابق الذكر، ف 967 — ويلاحظ " أشير" في مقاله السابق الذكر، ص 115 و 116، أن فكرة "عدم مزاحمة دائني المتصرف اليه، الدائن الطاعن في التنفيذ على الحق الذى تصرف فيه المدين" هي التي جعلت "بلانيول" يتراجع عن رأيه في اعتبار الدعوى البولصية، دعوى تعويض (الذى نشره في مقال له في المجلة الانتقادية "Revue critique" سنة 1882، ص 494 أشير الى هذه المجلة في مقال "أشير"، ص 109، هامش (1)، والسنهورى: نظرية العقد: ص 712) والى القول بأنها دعوى بطلان: المرجع السابق "بلانيول وريبر وردوان"، ص 927.

و القانون الفرنسي القديم [1] .

غير أن اسناد الدعوى البولصية الى دعوى بطلان ، قد لقي اعتراضات و انتقادات كثيرة، و ذلك لوجود تناقض جلي ما بين قواعد الدعوى البولصية، و قواعد البطلان ، سواء من حيث الشروط، أو من حيث الآثار .

أولا : من حيث الشروط.

لقد اعترض على رأى القائلين ، بأن الدعوى البولصية، دعوى بطلان ، بأن دعوى ابطال التصرف تقوم على أساس وجود عيب شاب وجود التصرف القانوني ، منذ نشأته، بينما تصرف المدين للغير في الدعوى البولصية، لم يشبه لا غلط، و لا اكراه ، و لا تدليس [2]. فالبطلان يلحق التصرف اذا كان معيبا لتخلف شرط من شروطه [3]، و التصرف الذى يصدر غشا من المدين ليس معيبا بهذا الشكل [4] .

و تذهب "سيداى" الى القول "بأنه قد يكون السبب هو الذى حدث النقص فيه حين قام المدين بتصرفه للغير، و لكن اذا كان العيب قد وقع في السبب، فانه لا يؤدى الى البطلان الا اذا كان غير مشروع، أى مخالفا للنظام العام و مصلحة الجماعة، في حين أن نية المدين حين تصرف بغش لا تنصرف الا الى الاضرار بمصلحة خاصة [5]، و هي مصلحة الدائن .

كما يلاحظ أن التمسك ببطلان العقد ، يكون دائما لطرفي العقد ، اذا كان البطلان من النوع المطلق، أو أحد هذين الطرفين ، اذا كان البطلان من النوع النسبي . أما الدعوى البولصية فان الذى يرفعها هو الدائن ليس الا ، و هو ليس من اطراف التصرف المطعون فيه . و لهذا ، فان التسليم بأن الدعوى البولصية دعوى بطلان ، معناه بطلان لا نوع له ، ليس بالبطلان المطلق، و لا بالبطلان النسبي [6]

و يرى "ديموج " ، أن التسليم بوجود بطلان بسبب الغش، يترتب عليه اضافة سبب جديد لأسباب البطلان المعروفة، و هو الغش [7] .

---

(1) أنظر الآراء التي عرضها "أشير" : في مقاله السابق الذكر ل" Cujas و Lomat و Gomez و"قد ربط هؤلاء الفقهاء بين اعتبار الدعوى البولصية دعوى عينية، و بين اسنادها الى أنها دعوى بطلان . ص. من 93ـ104 ـ و أنظر أيضا "ديرانتو " Durantan "، ج . 10، ف. 585 ـ "لوران " Laurent "، ج . 16، ف. 483ـ485ـ "بودرى و بارد "، ج . 1، ف. 706، اشار الى هؤلاء في الوسيط، ج . 2، للسنهورى: السابق الذكر، ص. 1053، هامش (2) .

(2) "سيداى" : بحثها السابق الذكر، ص. 183 ف. 1 .

(3) "أشير" : مقاله السابق الذكر، ص. 108 ف. 16 .

(4) "بلانيول و ريبر" بواسطة اسمان رادوان " : المرجع السابق، ف. 927 .

(5) "سيداى" : بحثها السابق، ص. 183 ف. 1 .

(6) "جوسران " : المرجع السابق، أشار له "جميل متولي الشرقاوى" في بحثه السابق ص. 21 هـ. (1) .

(7) "ديموج " : المرجع السابق، ص. 498 ف. 1112 .

و من ناحية أخرى، فان البطلان يصيب كل المشتركين في التصرف المعيب، بينما الأمر يختلف في الدعوى البولصية، فلا يضار الشخص الذى تصرف اليه المدين بعوض، الا اذا كان على علم بغش المدين [1]، اذ كما سنرى، أن القانون حقاً، يخضع تحديد من ترفع عليهم الدعوى البولصية لشروط معينة، بينما قواعد البطلان، لا تستلزم، و لا تقيم وزنا لما يعتبر ظروفا خارجية عن التصرف، كحسن النية، أو سوء نية أطرافه [2] أضف الى ذلك أن توافر شروط رفع الدعوى البولصية في جانب المتصرف اليه، لا يؤدى، اذا نجح الدائن في طعنه و حكم له بعدم نفاذ التصرف، الى سقوط ما يكون هذا المتصرف اليه قد تصرف في الحق الذى اكتسبه من المدين، بل يستلزم أن تتوافر في جانب المتصرف اليه الثاني شروط رفع الدعوى البولصية، حتى يتمكن الدائن من أن ينازعه، فيما أكتسب من حقوق من المتصرف اليه الأول، وكل هذا غريب عن قواعد البطلان التي تقضي بسقوط حق المتصرف اليه الثاني، على أساس أن سقوط حق الناقل، يتطلب سقوط حق المكتسب. [3]

ثانيا : من حيث الآثار.

من المعروف أن القاعدة العامة في البطلان، تقضي بأن العقد الباطل، أو القابل للابطال اذا تقرر بطلانه، يعتبر كأنه لم يكن فيما بين المتعاقدين، و بالنسبة الى الغير. أما في الدعوى البولصية، فان التصرف الذى يبرمه المدين المعسر اضرارا بحقوق دائنيه، يعتبر عقدا صحيحا فيما بين المتعاقدين، و لكنه لا يسرى فقط في حق الدائن الذى طعن فيه بالدعوى البولصية، بل في حق الدائنين كما سنرى.

و هذا ما أدى بالبعض الى القول، بأن الدعوى البولصية، هي دعوى بطلان من نوع خاص، يتميز عن البطلان العادى بفروق أهمها، أنه لا يكون الا في حق الدائنين [4].

و يعترض السنهورى على هذا الرأى، بأن البطلان الذى لا يكون الا في حق الغير، انما هو عدم نفاذ لا بطلان [5].

---

(1) "سيناى": بحثها السابق الذكر، ص 183 ف 1.

(2) و هذا ما سنراه عند الكلام عن شروط ممارسة الدعوى البولصية.

(3) المثل السائر باللاتينية " Resoluto Jure Dautis, Résolvitur Jus. "

أنظر في ذلك "أشمير" : مقاله السابق، ص 109 و 110 ـ و أشار في ذلك الى مقاله "بلانيول" في المجلة الانتقادية، السابقة الذكر، ص 502.

(4) "بلانيول و ريبير و ردوان" : المرجع السابق، ف 967 ـ و من هذا الرأى أيضا : "أنور سلطان : الجزء الثاني : أحكام الالتزام، سنة 1970، ص 58.

(5) السنهوري، الوسيط، ج 2 : المرجع السابق الذكر، ص 1054، هامش (4).

هذا و يلاحظ أن بن الفروق المقررة، أن دعوى البطلان، تنعكس آثارها على المتصرف اليه الأول، و المتصرف اليه الثاني (الخلف و خلف الخلف)، على حين أن خلف الخلف، أي المتصرف اليه الثاني، لا يضار اذا كان المتصرف اليه الأول قد تصرف له بعوض، الا اذا كان هو أيضا سيء النية[1].

هذا و يلاحظ، أن الآثار التي تترتب على الطعن بالدعوى البولصية، لا ينتج عنها الغاء التصرف المطعون فيه الا بالقدر اللازم لاقصاء الضرر الذى يصيب الدائن من جراء التصرف، و أن ما يتبقى من ثمن الحق المتصرف فيه بعد استيفاء الدائن لحقه، يكون من نصيب المتصرف اليه، و من حق هذا الأخير أن يتوقى تنفيذ الحكم الصادر لصالح الدائنين اذا قام بدفع قيمة ما اكتسبه الى الدائنين، أو قام بوفاء الدائن الطاعن حقه[2]، هذه القواعد لا تتسق مع القول، بأن الطعن في التصرف بالدعوى البولصية في هذه الحالة هو طعن ببطلان تصرف المدين[3].

هذا و أن القائلين، بأن الدعوى البولصية، دعوى بطلان، يقرون بالقواعد الخاصة التي تتميز بها الدعوى البولصية، في شروطها، و آثارها. و لهذا ذهب بعضهم الى القول بأنها دعوى "بطلان بقصد التعويض" "Nullité à but indemnitaire"[4]، بينما ذهب البعض الآخر الى أن الدعوى البولصية دعوى بطلان تعويض منقوص الأثر "Sous forme indemnitaire et minimisée"[5].

و على ضوء ما تقدم نخلص الى القول بأن الدعوى البولصية، لا يمكن بأى حال من الأحوال أن تكون دعوى بطلان تطبق في شأنها القواعد العامة. كما أن تكييف الدعوى البولصية، بأنها دعوى بطلان تكييف، غير مقنع في تعليل اقتصار آثار الطعن على الصورة الخاصة التي رأيناها، و سوف نرى ذلك بالتفصيل فيما بعد، كما أن التسليم باختلاف آثار الدعوى البولصية عن آثار دعوى البطلان، و استبقاء وصف البطلان لها يحمل تناقضا يستلزم رفض هذا التكييف[6].

(1) "سيباى": بحثها السابق الذكره ص. 183، هـ. (1) و تستشهد بحكم صادر من محكمة "ليموج" Limoges في 16 ماى 1939 نشر في "داللوز" النقدى للقضاء و التشريع 1941 ص. 39 قالت فيه: "Attendu qu'admettre en droit la thèse émise par la caisse autonome, serait confondre les conséquences que peuvent présenter à l'égard des tiers deux actions de nature différente, celle en nullité basée sur l'Art.1117, et celle de l'action révocatoire visée par l'Art.1167".

(2) و سنرى أن قوانينا قد خولت المتصرف اليه رخصة لوقف تنفيذ الحكم الصادر لصالح الدائن اذا قام بايداع ثمن المثل خزانة المحكمة. أنظر المادة 195 ق.م. جزائرى و ما يقابلها في القوانين العربية.

(3) أنظر "سيباى": بحثها السابق، ص. 183 ف. 1 - "أشير": مقاله السابق، ص. 109 و 110.

(4) أنظر "بلانيول و ريبر و ردوان": المرجع السابق، ف. 967.

(5) "جوسران": المرجع السابق، ف. 704 - اشارة له في بحث "جميل متولي الشرقاوى": المرجع السابق الذكر، ف. ص. 22، هامش (3).

(6) أنظر "أشير": مقاله السابق، ص. 117 ف. 24.

المطلب الثاني

الدعوى البولصية دعوى تعويض

لقد رأينا أن تفسير آثار الطعن بالدعوى البولصية على أساس البطلان ، أثار اعتراضات عديدة، و لذا اتجه جانب كبير من الفقه(1) الى اعتبار الدعوى البولصية دعوى تعويض، أي دعوى مسؤولية مدنية ، مؤسسة على الجنحة، أو شبه الجنحة، و يذكر أنصار نظرية التعويض أن تقاليد الدعوى في القانون الروماني تؤيد رأيهم(2) .

و قد قرب الفقه بين شروط الدعوى البولصية، و آثارها ، و بين شروط المسؤولية عن تعويض الضرر الناتج عن الخطأ و قواعد تقدير هذا التعويض، ففي كلتا الدعويين يجب أن يتوافر ركن الضرر، فكما أن دعوى المسؤولية لا تقوم الا اذا وقع ضرر، فان الدعوى البولصية لا يجوز الطعن بها في تصرف اذا لم يكن هذا التصرف هو الذي أنشأ ضررا للدائن ، بالتسبب في اعسار المدين ، أو الزيادة في اعساره .

و ترى "سيناي" أن مبدأ قياس التعويض على قدر الضرر هو الذي يقضي بأن يكون عدم نفاذ التصرف المطعون فيه بالدعوى البولصية قاصرا على القدر اللازم لدفع الضرر عن الدائن ، و على هذا الأساس لا ينفذ أثر الطعن في علاقة الدائن بالمتصرف اليه ، بينما يبقى التصرف صحيحا بين المدين و المتصرف اليه (3) .كما أنه لو بقي من الحق المتصرف فيه شيء بعد وفاء حق الدائنين ، فانه يكون من حق المتصرف اليه ، و هذا لا يفسر الا على أساس أن التصرف، فيما يتبقى عما يلزم لتعويض الدائن ، يبقى صحيحا و نافذا رغم الطعن(4) .

كما يستند هؤلاء الفقهاء الى أن ركن الغش في الدعوى البولصية، هو ركن الخطأ التقصيري في دعوى المسؤولية، فهناك خطأ من المدين في التصرف في مال اعتمد عليه دائنوه في استيفاء حقوقهم، وكما أن الغاش وحده هو الذي يجازى في الدعوى البولصية، ففي دعوى المسؤولية لا يجازى الا المخطيء، هذا و يلاحظ أن اشتراط الخطأ

---

(1) و ممن يرى أن الدعوى البولصية، دعوى تعويض: "أوبري و رو" : المرجع السابق، ص، 195 ـ "ديمولومب" " Demolombe " ؛
ـ "ديموج" : المرجع السابق، ص، 497 ف، 112 ـ "سيناي" : بحثها السابق، ص، 184 ف، 3 ـ "أشير" : مقاله السابق، ص، 112 ـ و في الفقه المصري : "
نظرية الالتزام، ج ، 3، ص، 210 ، طبعة 1954، أشار له جميل الشرقاوي في بحثه السابق الذكر، ص، 23 هـ، (3) .

(2) أنظر "سيناي" : بحثها السابق، ص، 184 ف، 2، حيث تقول "أن هذا الرأي يستند الى القانون الروماني ، الذي كان يعتبر الدعوى البولصية دعوى جنائية تشبه الدعاوى الجنائية التي كانت تترتب على الغش أو على الاكراه ، و قد وردت نصوص رومانية تشمه بأن الدعوى البولصية تقترب من دعوى "فابيانا" المعتبرة عند "بولص" دعوى تقصيرية " .

(3) "سيناي" : البحث السابق الذكر، ص، 184 ف، 3 .

(4) "سيناي" : البحث السابق، ص، 183 ف، 12 ـ و "جون أشير" : مقاله السابق، ص، 113 .

في الدعوى البولصية أصبح واضحا في استلزام غش المدين ، و من تصرف اليه ، أو من يكون قد تلقى الحق من هذا المتصرف اليه ، و يكفي أن علم كل من المدين باعساره و علم المتصرف اليه سواء الأول، أو الثاني باعسار المدين قد اتخذ قرينة على توافر قصد الغش [1] .

و هكذا يتوافر في الدعوى البولصية، في رأى هؤلاء الفقهاء، الركنان الأساسيان للمسؤولية، و هما الضرر و الخطأ هذا و يلاحظ هؤلاء، أنه كما لا يضار في المسؤولية التقصيرية من كان حسن النية، لا يضار أيضا خلف الخلف (المتصرف اليه الثاني) "Sous-acquéreur" حسن النية .

غير أن تكييف الدعوى البولصية، بأنها دعوى تعويض، لم يسلم هو الآخر من النقد ، فقد اعترض على هذا التكييف بأن الدعوى البولصية، لا يشترط لرفعها في بعض الأحوال أن يكون المتصرف اليه شريكا في الغش، فثمة حالات يجوز أن ترفع فيها الدعوى البولصية على المتصرف اليه حسن النية، كالتصرفات التي يجريها المدين تبرعا الى متبرع اليه حسن النية [2] ، أى لم يرتكب خطأ ما . و لهذا فان تكييف الدعوى البولصية بأنها دعوى مسؤولية لا ينطبق في جميع الفروض، اذ القاعدة "ألا مسؤولية بلا خطأ" [3] .

كذلك يعترض على هذا التكييف، بأنه لو كانت الدعوى البولصية، دعوى مسؤولية لأدت الى القضاء على المدين بالتعويض لصالح الدائن الذى أصابه الضرر [4] ، و لكن الدعوى البولصية تؤدى الى عدم نفاذ تصرف المدين الضار في حق الدائن ، و بالتالي فهو ليس في حاجة الى تعويض، اذ لم يلحقه ضرر بعد أن منع وقوعه [5] .

غير أن القائلين ، بأن الدعوى البولصية، دعوى تعويض، يجدون تبريرا لدحض الحجتين السابقتين التي اعترض بهما على رأيهم .

---

(1) أنظر "سيناى" : بحثها السابق، ص. 187 ف. 9 ، و هي تحاول أن توفق بين مفهوم الغش بهذا المعنى ، و بين مفهوم الخطأ التقصيرى في المسؤولية و تعترف بأن تطبيق حكم المادة 1382 ق . م . فرنسي ، التي تشترط الخطأ في المسؤولية التقصيرية، و تعتبره جريمة غير مقبول ، و أنه لا مناص من الانتقال الى شبه الجريمة المنصوص عليها بالمادة 1383 م . فرنسي ، و رغم الفروق التي تعرضها "سيناى" بين شبه الجريمة و الغش في الدعوى البولصية تنتهي الى أنه في الحالتين ، يجب أن يتوافر لدى محدث الضرر علمه بأن عمله ضار، غير أن اثبات هذا العلم ليس مطلوبا الا في الدعوى البولصية .

(2) هذا و نرى في قوانيننا أن الدعوى البولصية تقبل ضد التصرفات بدون عوض حتى لو كان كل من المدين و المتبرع اليه حسني النية بينما القانون المدني الفرنسي يشترط للطعن في التبرعات غش المدين . و هذا ما نراه [illegible] فيه .

(3) عبد المنعم البدراوى: النظرية العامة للالتزام، ج 2، أحكام الالتزام، 1968، ص. 147 .

(4) عبد المنعم البدراوى: السابق الذكر، ص. 147 و 148 .

(5) السنهورى: الوسيط، ج . 2، السابق الذكر، ص. 1053 ف. 599 ـ نظرية العقد لنفس المؤلف ، السابق الذكر، ص. 812 ف. 739 .

ففيما يتعلق بالاعتراض الذى يتمثل في كيفية تفسير أن آثار الدعوى البولصية تنعكس على الخلف بدون عوض ولو كان حسن النية ... البعض أن يجد أساسا من الخطأ في جانب المتبرع اليه ، للطعن في التصرف، فذهب "أشير" الى القول بأن قواعد المسئولية ، تسمح بأن يطالب من يستفيد من فعل خاطئ ، بأن يرد ما استفاده ، أى يرد ما أثرى به ، دون وجه حق ، على أساس أن الاثراء نتج عن تصرف يعتبر فعلا غير مشروع ، فيكون ، لذلك ، بلا سبب[1] .

و يؤخذ على هذه الفكرة ، أن دور قواعد المسئولية في هذا الرأى ، هو نفي ... "السبب" ، و لكن هذا لا ينفي ، أنه لم يبق في نطاق قواعد المسئولية لتبرير الطعن في التبرع الى حسن النية ، بل أقام الطعن على الالتزام بالرد طبقا لقواعد الاثراء بلا سبب[2] .

و لهذا ذهب جانب من الفقه الى أن قواعد المسئولية الخطئية لا تفسر الا الطعن في التصرف الى متصرف اليه سيء النية ، أما حالة الطعن في التبرع الى متبرع اليه حسن النية ، فيبني الطعن فيها على قواعد الاثراء بلا سبب[3] .

و ترى "سيناى" "أن أساس الطعن في التبرع رغم حسن نية المتبرع له هو فكرة تحمل المخاطر لا فكرة الخطأ" ، و تفسر وضع الموهوب له ، بالمقابلة مع الخلف بعوض ، بالمثل الذى يقول "ان من يربح من عمل مشوب بالخطأ يعتبر شريكا في الضرر الذى ترتب عليه "

(4) " Certa de lucro captando, certa de damno vitando "

---

(1) أنظر "جون أشير" : مقاله السابق الذكر ، ص 113 ف 21 ، حيث يقول :
"Le donataire que nous supposons etre de bonne foi,n'est pas obligé en vertu de l'Art. 1382.Mais l'acte dont il profite est un fait illicite qui augmente son patrimoine aux dépens des créanciers du Fraudator,il s'analyse donc en un enrichissement sans cause".

(2) "جميل متولي الشرقاوى" : بحثه السابق الذكر ... ، ص 25 .
(3) أنظر من هذا الرأى : "ديموج" : المرجع السابق ، ص 99 ف 4 . 1113 — "أوبرى و رو" : المرجع السابق ، ص 195 — و أنظر اشارة الى اكثم الخولي : رسالة عن التعويض العيني (بالفرنسية) ، القاهرة سنة 1957 ، ف 215 ، في كتاب اسماعيل غانم : أحكام الالتزام ، ج 2 ، 1967 ، ص 189 و يسوق لنا رأى اكثم الخولي حيث يقول : "ان الدعوى البولصية رغم أنها دعوى تعويض الا أن لها ذاتية مستقلة ، و أنه يجب تكملة قواعد المسئولية بقواعد الاثراء على حساب الغير حتى تستقيم أحكامها في حالة ما اذا تصرف المدين تبرعا ، و المتبرع اليه حسن النية" .
(4) "سيناى" : بحثها السابق ، ف 19 ، حيث تخلص الى القول "بأن الدعوى البولصية هي صورة من صور الدعوى التقصيرية تقوم على الخطأ أحيانا ، و تقوم على تحمل التبعة أحيانا أخرى ، و في حالة قيامها على الخطأ يتركز الاهتمام على التصرف القانوني المشوب بالغش الذى اشترك فيه الخلف بعوض ، أما في حالة قيامها على تحمل التبعة ، فان الاهتمام يتركز على الشيء الذى كان هو محل الانتقال من ذمة المدين الى ذمة الخلف بدون عوض ، فوجود هذا الشيء في ذمة الخلف بدون عوض هو الذى يحدث الضرر الذى يجب عليه تعويضه " .

و من ناحية أخرى، فان القائلين بأن الدعوى البولصية هي دعوى تعويض، يردون على الاعتراض القائل بأنه لو كانت الدعوى البولصية دعوى تعويض لأدت الى الزام المدين بالتعويض لصالح الدائن الذى أصابه الضرر، بأن التعويض في الدعوى البولصية، لا يتخذ صورته الأصلية و هي الحكم بمبلغ ماليه بل أن التعويض هنا، هو تعويض عيني، يكون في صورة عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن، و السماح له بعد ذلك باقتضاء حقه من المال الذى تصرف فيه مدينه [1]، و ذلك حتى يستطيع الدائن الطاعن أن يتجنب مزاحمة دائني المتصرف اليه، في استيفاء حقه، على أساس اعتبار المال، الذى تصرف فيه مدينه، لم يخرج من ضمانه العام قط، اذ أن الصورة العادية للتعويض لا تحقق مصلحة الدائن اذ أن الحكم بمبلغ من النقود على سبيل التعويض على المدين المتصرف، لا يفيد الدائن في شيء، لأن الاخير أن هذا المدين معسر، ثم أن الدائن لم يصبه ضرر أكثر من حرمانه من فرصة الحصول على حقه كاملا، و لو حصل عليه كاملا، فانه لا يكون قد أصيب بأى ضرر يستحق عنه تعويضا [2].

و لكن الفقه القائل بأن الدعوى البولصية دعوى تعويض كتفسير لطبيعة الدعوى، اضطر الى البحث عن وسيلة فنية أخرى تفسر الغاء التصرف المطعون فيه كصورة للتعويض العيني، فوجدها البعض في البطلان، و بالتالي تصبح الدعوى البولصية هي دعوى بطلان بهدف التعويض [3]، بينما وجد البعض هذه الوسيلة في فكرة عدم النفاذ [4].

و نلاحظ أن أنصار تفسير آثار الدعوى البولصية بفكرة التعويض يسلمون بأن الدعوى البولصية لها طابعها الخاص و شروطها الخاصة التي تميزها عن نظرية المسئولية التقصيرية [5]

و هكذا يتضح لنا أن تكييف الدعوى البولصية بأنها دعوى تعويض، و ان كان قد لقي اقبالا من الفقه، أكثر مما يلقاه تكييفها، بأنها دعوى بالبطلان، لم ينجح في تفسير طبيعة الدعوى البولصية، حيث تذهب "سيناى" و هي من أنصار نظرية التعويض الى القول بأنه على الرغم من وجود علاقات قوية بين الدعوى البولصية، و نظرية المسئولية التقصيرية

---

(1) أنظر "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق، ف 967 — "بلانيول و ريبر و بولانجيه" المرجع السابق، ف. 1447 — "سيناى" : بحثها السابق الذكر، ص 184 ف. 3، و هي تقول: أنه "يكاد يكون هناك اجماع في الفقه على اعتبار عدم النفاذ نوعا من التعويض العيني عن الضرر"، و أنظر المراجع التي تشير اليها في الهامش 11، ص 184 — و من هذا الرأى أيضا، السنهورى: الوسيط ج. 2 الذى يرى "أن الدعوى البولصية تعتبر تنفيذا عينيا لالتزام المدين بعدم الاضرار بحقوق الدائنين، ص 1054 ف 599.

(2) جميل متولي الشرقاوى: بحثه السابق الذكر، ص 26 — الا أننا كما سنرى في آثار الدعوى البولصية، أن في حالات تعذر رد الشيء المتصرف فيه الى المدين، فان الدائن يحصل على مبلغ نقدى، و هنا تقترب الدعوى البولصية من دعوى التعويض.

(3) "بلانيول و ريبر و اسمان" بواسطة ردوان" : المرجع السابق، ص 300 ف. 967.

(4) "سيناى" : البحث السابق، ص 184 و 185 — "ريبر و بولانجيه" : المرجع السابق، ف. 1447.

(5) "سيناى" : البحث السابق الذكر، ف 21.

القائمة اما على أساس الخطأ، و اما على أساس تحمل التبعة، فان الدعوى البولصية ما تزال حتى الآن تحتفظ بطابعها الخاص بين نظم القانون المدني [1] .

المطلب الثالث

الدعوى البولصية دعوى عدم نفاذ

ظهر رأي حديث [2] يرى أن تؤخذ طبيعة الدعوى من أثرها، و وجد أن هذا الأثر هو عدم نفاذ التصرف المطعون فيه، في حق الدائن، و لذا قال بأنها دعوى عدم نفاذ [3]، أو عدم سريان "Inopposabilité"، هذا و أن قوانين الدول العربية قد ضمنت النصوص التي نظمت بها الدعوى البولصية، وفقا لما سار عليه القانون المصري الجديد، وصفا للدعوى البولصية بأنها دعوى عدم نفاذ فالمادة 191 [4] مدني جزائري، تقضي بأن للدائن أن يطلب "عدم نفاذ "تصرف مدينه في حقه .

و قد اعترض على هذا الرأي أن عدم النفاذ ما هو الا وصف لصورة الأثر المترتب على الطعن بالدعوى البولصية، دون أن يبين السبب الذي أدى الى ترتيبه على هذا الطعن ، لذا فان تكييف الدعوى البولصية بأنها دعوى عدم نفاذ هو مجرد وقوف عند ظاهرة اختفاء آثار التصرف بالنسبة الى الغير، و لا يمكن أن يعتبر توضيحا لطبيعة نظام جديد ، هو "عدم النفاذ"

---

(1) "سيماي" : البحث السابق، ص193 ف21 ـ "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق ف967، حيث يقولون أن "L'action Paulienne ne se fonde pas sur une théo-rie juridique précise mais avant tout sur une préoccupation d'équité et une considération de moralité".

(2) جذب تكييف الدعوى البولصية أنها دعوى عدم نفاذ : عدد كبير من الفقهاء المحدثين الفرنسيين و المصريين . من الفقه الفرنسي : "مازو" : المرجع السابق، ص1033 ف1002 ـ "ألكس ويل و تيرى" : المرجع السابق، ص933 ف877 ـ "جروبيه" : رسالته السابقة الذكر، ص467 ف254 ـ "بلانيول و ريبر و بولانجيه" : المرجع السابق، ف1448 .
و من الفقه المصري، "عبد المنعم البدراوي" : أحكام الالتزام، السابق الذكر، ص143 ـ "أنور سلطان" : أحكام الالتزام، ج2، 1970، ص59 ـ "السنهوري" : الوسيط، ج2، المرجع السابق، ف599 ـ و قد كان هذا رأيه أيضا في مؤلفه نظرية العقد، السابق الذكر، ص811 (812، هامش(2) .

(3) يشير جميل متولي الشرقاوي في بحثه السابق، ص28 : الى أن مصطلح عدم النفاذ لم يوجد الا في السنوات الأخيرة من القرن 19 في اللغة القانونية الفرنسية، كما أن عدم النفاذ كنظام مستقل للجزاء لم يدرس الا بعد مضي حوالي 10 سنوات من القرن العشرين

(4) نلاحظ بالنسبة الى القانون المدني الجزائري، أن المادة 191 الوحيدة التي تستعمل اصطلاح "عدم النفاذ"، بينما المواد التي تليها، تستعمل أحيانا اصطلاح "عدم احتجاج" (المادة 192م.ج.)، كما استعمل اصطلاح "عدم معارضة" في المادة 194، و الأصح "عدم نفاذ"، و الأفضل لو أن المشرع الجزائري استعمل اصطلاحا واحدا، حتى لو كان عدم النفاذ، أو عدم الاحتجاج، أو عدم السريان كلها مترادفات. أما فيما يخص اصطلاح "عدم معارضة" فلا يفهم منه شيء. قارن نصوص القانون المدني المصري المواد من 237 الى 239، و242 ـ 243، حيث يستعمل اصطلاحا واحدا و هو "عدم النفاذ" .

كجزاء يتصل بالتصرف القانوني[1]، و لذا فان من يأخذون باعتبار الدعوى البولصية دعوى "عدم نفاذ "لا يقتصرون عليه ، بل يبحثون دائما عن سبب "عدم النفاذ " فيجد بعضهم هذا السبب في اعتبار الدائن من الغير بالنسبة الى التصرفات التي يبرمها مدينه و هو سيء النية[2]، كما يجده البعض الآخر في فكرة البطلان ، على أساس أن عدم النفاذ صورة من صور البطلان[3] على أساس أن الفقه الحديث قد أعطى مفهوما مرنا للبطلان يسمح بادخال "عدم النفاذ "في النطاق الواسع للبطلان[4] كما يرى البعض الآخر في "عدم النفاذ "الوسيلة التي يحصل بها تعويض الدائن عينا عما يصيبه من ضرر من التصرف الذى يطعن فيه حتى يقضى بعدم نفاذه[5] .

كما يذهب "الكس و تيرى" الى أن الدعوى البولصية دعوى عدم نفاذ لها أساس تعويضي[6]

هذا و يعترض "جميل متولي الشرقاوى" على تكييف الدعوى البولصية بأنها دعوى "عدم نفاذ " ، بأن "عدم النفاذ " كنظام قائم بذاته ، لم يستقر بعد بين النظريات القانونية المحددة المفهوم ، و أنه لم يحظ الا بدراسات قليلة ، و أن جميع الفقهاء الذين استخدموا هذه الفكرة لم يعتنوا بالبحث عن أساسها ، كما يؤخذ على المشرع المصرى الذى يعتبر أول مشرع أعطى للدعوى البولصية تكييف عدم النفاذ[7] ، أن تكييف الدعوى مسألة فقهية خالصة لا تهم المشرع[8] .

و على ضوء هذه الانتقادات التي يوجهها جميل الشرقاوى الى تكييف الدعوى البولصية بأنها دعوى "عدم نفاذ " ، و عدم اتفاق الفقه على تكييف آخر لطبيعة الدعوى البولصية انتهى بعد تحليل تفصيلي لشروط ، و آثار الدعوى البولصية ، كما يسلم بها الفقه و القضاء ،

---

(1) جميل متولي الشرقاوى : بحثه السابق الذكر ، ص 30 ، و هو يلاحظ أن فكرة "عدم النفاذ " ذاتها ما زالت فكرة غامضة .

(2) أنظر السنهوري : الوسيط ، السابق الذكر ، ص 1050 .

(3) "جوبيه " : رسالته السابقة الذكر ، ص 467 ف ، 254 ، و ان كان يتشكك في وجود نظرية مستقرة للبطلان ، أو عدم السريان .

(4) "جابيو " Japiot "Les nullités en matière d'acte juridique, thèse, Dijon 1909" وردت الاشارة اليه في "جيريسكلاسير " Jurisclasseur, Fasc 39 "بواسطة "أندرى بونسار " André Ponsard " ، ص 3 ، (المادة 1167) .

(5) "بلانيول و ريبير و بولانجيه " : المرجع السابق ، ف ، 1447 و 1448 ـ عبد الحي حجازى : المرجع السابق ، ص 210 ، أشار اليه جميل متولي الشرقاوى ، ص 29 هامش (3) .

(6) "ألكس ويل و تيرى " : المرجع السابق ، ص 939 ف ، 877 .

(7) أنظر في أن تشريعات "رومانيا " و "البرتغال " و "اسبانيا " و "ألمانيا " و "سويسرا " ، لا تستعمل تعبير عدم النفاذ (في رسالة "Baicoianu " : السابقة الذكر ، ص 123 ، و 160 ، و 192 ، و 271) ، و كذا المجموعة المدنية الايطالية ، مواد 2901 ـ 2904 ، و المادة 1167 م فرنسي ، و أن أغلب التشريعات لا تستعمل في النصوص المتعلقة بالدعوى البولصية سوى لفظ "Attaquer " أو لفظ " Révoquer " : كل هذا أشار اليه جميل الشرقاوي : بحثه السابق ، ص 31 ، هـ . (1) .

(8) جميل متولي الشرقاوى : بحثه السابق الذكر ، ص ، من 28 الى 31 .

الى القول "بأن السبب أو الأساس الذى يبرر هدم التصرف بالنسبة الى الدائن فقط ، يكمن في نظام قانوني معروف هو "نظام الصورية" ، مبررا أن أثر الطعن بالدعوى البولصية على الصورة السابقة ، هو أن تصرف المدين يظل قائما و صحيحا ، رغم الطعن ، و لكنه يعتبر ، بالنسبة الى الدائن لا وجود له ، و يعبر عن ذلك بأنه يعتبر صوريا ، و لو كان في الواقع غير صورى ، و يستند في ذلك الى أن كلامه عن الصورية المفترضة في مجال الدعوى البولصية ، يجد تأييدا له في أن تعبير الفقه عن أثر الطعن من الدائن بالصورية العادية يشبه تماما تعبيره عن أثر الطعن بالدعوى البولصية[1] .

و يرى أن اباحة الطعن بالدعوى البولصية على أساس افتراض صورية تصرف المدين ، يجد تأييدا له في بعض القواعد نذكر منها :

أولا : أن الفقه يبرر الطعن في المعاوضات كالبيع مثلا بأنه يجب افتراض أن الثمن ، كان بخسا ، أو أن المدين تمكن من اخفائه ، أو تبديده ، حتى لا يستطيع الدائن التنفيذ عليه بحقه[2] ، مما يعني أنه لو كان بيعا بثمن جدى ، تأكدت حقيقته من حصول الدائنين عليه ، لا متنع الطعن[3] .

ثانيا : اباحة القوانين طعن الدائنين في تصرفات المدين التي تزيد في التزاماته كعقد قرض جديد ، اذا كان المقرض عالما باعسار المدين ، و هو تصرف يستفيد منه المدين لو اتمه صوريا ، الا أنه لا يتصور قيام شخص عادى بمساعدة المدين على غش دائنيه باقتراضه قرضا حقيقيا مع علمه باعساره ، أى مع تأكده بأنه لن يستوفي حقه كاملا ، لأنه سوف يدخل مع دائنين آخرين في اقتسام أموال المدين التي لا تكفي لحقوقهم جميعا[4] ، بل لابد أن يكون مثل هذا التصرف صوريا ، في جزء منه على الأقل[5] .

---

(1) أنظر بحثه السابق الذكر ص 27 ، و هو يشير الى تعبير "بلانيول و ريبر و بولانجيه" : المرجع السابق الذكر ف 1449 و 1408 ، فهم يقولون عن أثر الطعن بدعوى الصورية أن الدائن يطالب بها

" à faire constater que le bien(aliéné) n'est jamais sorti du patrimoine du débiteur et que l'acte d'alié-nation est purement apparent".

و يقولون عن أثر الطعن بالدعوى البولصية : " Le créancier peut saisir,outreles mains du tiers,le bien aliéné par son débiteur.Tout se passe à son égard comme si le bien etait demeuré dans le patrimoine du débiteur."

(2) و هذا ما نراه عند دراسة مجال استعمال الدعوى البولصية .

(3) جميل متولي الشرقاوى : بحثه السابق الذكر ص 43 ــ و كذا أنظر رسالته حول نظرية بطلان التصرف القانوني ، 1956 ، حيث يعرض جميع الشروط و آثار الدعوى البولصية لتبيان أن الطعن بالدعوى البولصية قائم على أساس صورية مفترضة ، ص من 161 الى 166 .

(4) و سنرى عند دراسة الآثار ، أن الدائنين السابقين يفضلون على المقرض ، و أن هذه الصورة أثارت مشكلة لدى الفقه العربي تشبه مشكلة الحوالة بين حجزين .

(5) جميل الشرقاوى : بحثه السابق الذكر ص 45 ، و هو يحاول من استعراضه لمختلف الشروط و الآثار للدعوى البولصية أن يجعل هذه الأخيرة مجرد "دعوى صورية مفترضة" .

و نلاحظ أنه لا داعي للدخول في التفصيلات المتعلقة بالشروط و الآثار التي استند اليها "جميل الشرقاوى"، لكي يثبت أن عدم النفاذ ليس نظاما أصيلا و يبرر أخذه بفكرة أن الدعوى البولصية ما هي الا صورية مفترضة.

و على كل حال، فان الدعوى البولصية لا يمكن أن تكون دعوى صورية فكما سنرى عند التمييز بين هاتين الدعويين، أن لهما شروطا و آثارا تميز الواحدة عن الأخرى، رغم محاولات البعض من جعل دعوى الصورية، صورة من الدعوى البولصية[1]، أو العكس جعل هذه الأخيرة دعوى صورية مفترضة[2].

و هكذا نخلص الى القول بأن كل محاولات الفقه في تحديد طبيعة الدعوى البولصية لم تصل الى رأى مقنع نال اجماعا في الفقه كما نلاحظ أن جميع الآراء، سواء القائلة بأن الدعوى البولصية دعوى بطلان، أو أنها دعوى تعويض، يضيفون لذلك دائما، عبارة من "نوع خاص"، كما أن كلا من هذين الرأيين، انتهى في الأخير الى الاعتراف للدعوى البولصية بذاتية مستقلة و طابع مميز.

هذا و أغلب الفقهاء، مع تقديرهم للمشكل المطروح، و هم بصدد تحديد طبيعة الدعوى البولصية، يتجهون نحو نظام مختلط، غير أن البعض يغلب فكرة البطلان، و البعض الأخر فكرة المسئولية[3] كما ذهب البعض الى القول بأنها دعوى بطلان بهدف التعويض[4].

و اذا كان الرأى القائل بأن الدعوى البولصية دعوى بطلان، قد استند الى بعض النصوص التي وردت في القانون المدني الفرنسي، فنحن نرى أن المسألة هنا، لا تتعلق بتفسير النصوص و اذا حاولنا أن نستند الى ما استند اليه هؤلاء الفقهاء، فباعتبار أننا نناقش الدعوى البولصية في القانون المدني الجزائرى، فان النصوص التي تهمنا في هذا الموضوع[5]، تشير صراحة الى عدم النفاذ، أو عدم الاحتجاج.

أما فيما يخص الرأى القائل بأن الدعوى البولصية، هي دعوى مسئولية، اذا كان قد وجد سندا له في القانون الروماني الذى اعتبر الغش جريمة، و الدعوى البولصية دعوى

---

(1) أنظر "جروبيه": رسالته السابقة الذكر، ص. 630، و ما يليها. و سنعرض هذا الرأى عند المقارنة بين الدعوى البولصية و دعوى الصورية.

(2) "جميل الشرقاوى": بحثه السابق الذكر، ص. من 32 الى 50، و رسالته السابقة حول نظرية بطلان التصرف، ص. من 158 الى 166 و يعترف بأن الطعن بالدعوى البولصية لا يخضع لنفس القواعد التي تحكم الطعن بالصورية.

(3) أنظر "ديموج": المرجع السابق، ف. من 1111 الى 1115.

(4) "بلانيول و ريبر و اسمان": المرجع السابق، ف. 967 و بعد هذا الرأى "أندرى بونسار"، جيريسكلاسير، المادة 1167، ص. 6 ف. 30.

(5) القانون المدني الجزائرى، الصادر في 26 سبتمبر 1975 ـ المواد التي تنظم الدعوى البولصية، من 191 الى 197، و هي غير دقيقة في صياغتها، اذ أحيانا تستعمل لفظ "عدم النفاذ"، و أحيانا "عدم الاحتجاج". و هذان مترادفان. قارن المواد المتعلقة بالدعوى في القانون المدني المصرى 237 ـ 239، و 242 ـ 243، حيث تستعمل "عدم النفاذ"، و أنظر ما يقابل ذلك في القوانين العربية.

جنائية[1]، فانا نرى أن المسألة هنا ، ليست مسألة تاريخية، لأن ما نريد شرحه و التركيز عليه ، هو آثار الدعوى البولصية في القانون المدني الجزائري، و القوانين الحديثة ، و ليس الآثار التي أنتجتها في القانون الروماني ، أو القانون الفرنسي القديم[2] و هذه الآثار، كما سنرى تتفق أكثر مع تكييف الدعوى البولصية، بأنها "دعوى عدم نفاذ " .

و على ضوء ما تقدم، يمكن أن نلاحظ أن مسألة تحديد طبيعة الدعوى البولصية، مسألة نظام قانوني ، يتعلق بما اذا كانت الدعوى البولصية نظاما مستقلا عن النظم القانونية الأخرى[3]، و اذا استبعدنا فكرة البطلان ، لأن أحكامها لا تنطبق على أحكام الدعوى البولصية، و كذا فكرة المسئولية كأساس للدعوى البولصية، فلا يبقى أمامنا سوى أن ننتهي مع الفقه المصرى الى تكييف الدعوى بأنها دعوى عدم نفاذ ، و هذا هو الرأى الذى أنتهت اليه قوانيننا ، و منها القانون المدني الجزائري، و هو الرأى الذى كان يدين به الفقه المصرى السابق، الذى كان يرى أن الدعوى البولصية طريق يسلكه الدائن للحصول على حكم بعدم نفاذ التصرف[4] .

المبحث الثاني

هل الدعوى البولصية دعوى عينية، أو دعوى شخصية، أو دعوى مختلطة ؟

سبق أن قلنا ، أن الخلاف الذى ثار في القانون الروماني حول تحديد طبيعة الدعوى البولصية، لم يقصد به رد أحكام هذه الدعوى الى نظام قانوني معين، كما رأينا قصد الفقه الحديث من تحديد هذه الطبيعة في القوانين الحديثة، و انما النقاش الذى دار في الفقه في القانون الروماني انحصر حول ما اذا كانت الدعوى البولصية، دعوى عينية، أو دعوى شخصية ، و قد أدى الى اثارة هذا النقاش، وجود نص في كتاب النظم لجوستنيان يقضي بأنه : "اذا تصرف المدين في شيء من ماله ، يجوز للدائنين ، عند وضع أموال المدين المعسر تحت يدهم، و بعد فسخ التصرف، استرداد الشيء المتصرف فيه " (5) .

---

(1) أنظر الفصل الأول من الباب الأول في أصل الدعوى البولصية في القانون الروماني .

(2) فقد كان فقهاء الرومان يستعملون فعل " revocare "بمناسبة الدعوى البولصية ، و هو ما يمكن ترجمته الى "هدم أو اهدار"، أشار الى ذلك جميل الشرقاوى في بحثه السابق الذكر، ص 10، هامش (3) .

(3) أنظر "اسماعيل غانم" : أحكام الالتزام، ج 2 : المرجع السابق، ص 189 ف 80، و هو "يعد فيالدعوى البولصية باستقلالها بين النظم القانونية الأخرى، و يكتفي لتبيان طبيعتها ببيان الهدف الذى ترمي اليه ، و هو المحافظة على الضمان العام، و أداة تحقيق هذا الهدف، هي عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين " .

(4) أنظر السنهوري: نظرية العقد : السابق الذكر، ص 811 و 812، هامش (2) ــ الوسيط ج 2، السابق الذكر، ف 599 ــ اسماعيل غانم : المرجع السابق، ص 188 ــ أنور سلطان : المرجع السابق ، ص 95 ــ عبد المنعم البدراوى : المرجع السابق، ص 143 ــ و أنظر في الفقه الفرنسي الفقهاء المشار اليهم في ص 34 ، هامش (1) من هذا البحث،

(5) من كتاب عبد المنعم البدراوى : القانون الروماني : السابق الذكر، ص 527 ف 600 .

و هذا الجزء الأخير من النص أدى ببعض الشراح القدماء، الى استنتاج وجود دعوى بولصية عينية، تؤدى الى استرداد الشيء المتصرف فيه عينا[1]، بينما ذهب البعض الى ادراج الدعوى البولصية ضمن الدعاوى الشخصية[2].

أما في الفقه الحديث، فان تكييف الدعوى البولصية، بما اذا كانت شخصية، أو عينية، أو مختلطة، يتنازعه ثلاثة اتجاهات فقهية.

و قبل أن نتناول هذه الاتجاهات، نلاحظ أن الفائدة المرجوة من البحث في طبيعة الدعوى البولصية في هذا الصدد، تكمن أساسا في الاختصاص القضائي، و خاصة في الاختصاص المحلي، و ذلك من أجل تعيين المحكمة المختصة بالنظر في هذه الدعوى.

المطلب الأول

الدعوى البولصية دعوى عينية "Action réelle"

ذهب رأى الى القول بأن الدعوى البولصية دعوى عينية، و نودى بهذا الرأى في حكم صدر من محكمة "أميان" "Amiens" الاستئنافية، سنة 1839 [3]، و من هذا الوصف للدعوى البولصية، استخلصت محكمة "أميان" النتيجة المنطقية التي تشكل منطوق الحكم الذى نحن بصدده، و هو أن المدعي عليه في الدعوى البولصية، لا يكلف بالحضور أمام محكمة موطنه، بل يجب أن يكلف بالحضور أمام محكمة موقع العقار، الذى تم نقل ملكيته غشا.

و يلاحظ، أن هذا الرأى كان مبنيا على أساس أن الدعوى البولصية دعوى بطلان، لأن وصف الدعوى بأنها عينية، يعني أن الهدف منها تقرير التزام المدعي عليه بالرد، و هذا لا يستقيم الا مع الأخذ بتكييف الدعوى البولصية، بأنها دعوى بطلان التصرف الصادر غشا من المدين.

و بعد أن نفينا أن الدعوى البولصية دعوى بطلان، فانه لا يمكن الأخذ بالرأى القائل بأنها دعوى عينية.

---

(1) "La doctrine d'Az. " : أشير الى ذلك في مقال "أشير" : السابق الذكر، ص91.

(2) "La glose d'Accurse " : أشير الى ذلك في نفس المقال "أشير"، ص88.
و أنظر الخلاف حول عينية، و شخصية الدعوى البولصية في القانون الروماني، و كتاب القانون المدني الفرنسي القديم: مقال "أشير"، ص من 87 الى 104.

(3) محكمة "أميان" "Amiens" الاستئنافية، 1839 ـ سيريه 40ـ2ـ10، أشير الى هذا في الوسيط، ج. 2، للسنهوري، ص1055، هامش(1)، و في "Jurisclasseur, Fasc. 39" السابق الذكر، ص5 ف23.

المطلب الثاني

الدعوى البولصية دعوى مختلطة "Action Mixte"

ذهب رأى الى القول بأن الدعوى البولصية دعوى مختلطة[1]، مستندا في ذلك الى أنها دعوى شخصية في مبدئها، لأن سببها غش المدين، و أن الحق الذى يستند اليه الدائن في طلبه للطعن في تصرف مدينه، هو حق شخصي. غير أن الدعوى تنقلب عينية نتيجة للأثر الذى يترتب على نجاحها، لأنها ترجع العين التي خرجت من ذمة المدين دون حق الى ملك المدين من جديد.

و قد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأى، و صرحت بالطابع المختلط للدعوى البولصية[2].

و على ضوء ما تقدم، يتضح أن الحل يتوقف على معرفة متى تكون الدعوى شخصية، و متى تكون مختلطة، و متى تكون عينية ؟

من المعروف أنه لمعرفة، ما اذا كانت الدعوى شخصية، أو عينية، أو مختلطة، يجب البحث عن طبيعة الحق الذى يستند اليه الدائن الطاعن في طعنه فاذا سلمنا بأن هذا هو المعيار الفاصل بين الدعاوى، اتضح لنا أن الدعوى البولصية ليست دعوى عينية، و لا دعوى مختلطة.

فاستبعاد فكرة أن الدعوى البولصية عينية، يقوم على أن الدائن في الدعوى البولصية، لا يطالب بحق عيني، و لا تؤول دعواه الى انتقال حق عيني له، أو لمدينه، كما أنه لا يترتب على نجاحه في طعنه بالدعوى البولصية، أن المال الذى تصرف فيه المدين، يرجع الى ملكية هذا، بل يبقى تصرف المدين صحيحا، كما أن المال لا يؤول الى ملكية الدائن، بل يرجع الى ضمانه العام[3]. هذا و ليس هناك دعوى عينية سوى التي تضمن حقا عينيا، بيد أن الضمان العام للدائنين، ليس له الطابع العيني[4] هذا و ... دعوى البطلان دعوى عينية في آثارها[5]، لأنها ترجع المال المتصرف فيه الى ملك المدين، و قد سبق أن نفينا فكرة عينية الدعوى البولصية.

أما استبعاد اعتبار الدعوى البولصية دعوى مختلفة، فذلك أن هذا التكييف يصطدم

---

(1) "جروبيه" : رسالته السابقة الذكر، ص471 ف. 257 ـ "مازو" : المرجع السابق، ص. 1033 ف. 1001.

(2) نقض فرنسي 27 ديسمبر 1943، سيريه 1944 ـ 1. 122، محكمة "Grenoble" 2 مارس 1375 : "داللوز دورى"، 77 . 2 . 203 أشير الى هذين الحكمين في رسالة "جروبيه"، ص. 469، هامش(2)، و ص474 هامش(1).

(3) الوسيط، ج. 2 للسنهورى: المرجع السابق، ص1055.

(4) جيريسكلاسير: السابق الذكر، ص5 ف25.

(5) "ديموج" : المرجع السابق، ص. 503 ف1117.

بالمفهوم المادي للدعوى المختلطة، لأن هذه الأخيرة تفترض أن يكون للدائن الطاعن حق عيني، و حق شخصي، بيد أن الدائن الطاعن بالدعوى البولصية لا يستند الى حق عيني[1].

المطلب الثالث

الدعوى البولصية دعوى شخصية " Action Personelle "

بعد أن استبعدنا اعتبار الدعوى البولصية دعوى عينية، أو دعوى مختلطة، نعترف للدعوى البولصية بالطابع الشخصي، و هذا التكييف هو الذي رجع لدى فقهاء القرون الوسطى، و المدرسة الفرنسية القديمة[2]، و يكاد يكون اجماع في الفقه الحديث على اعتبار الدعوى البولصية دعوى شخصية[3]، حتى و ان وجهت هذه الدعوى ضد تصرف يتمثل في نقل حقوق عينية عقارية[4]، بينما يذهب البعض الى أن الدعوى البولصية، في هذه الحالة تكون مختلطة[5]، هذا و اذا كنا قد رأينا فيما سبق أن القضاء متردد و متناقض، فان أحدث الأحكام، لا تبدى أي تردد في تأكيدها للطابع الشخصي للدعوى البولصية[6].

هذا و يذهب السنهوري، الى أن الدعوى البولصية دعوى شخصية، لأن الدائن عندما يطلب عدم نفاذ تصرف المدين في حقه، يبني هذا الطلب على التزام المدين بألا يتصرف في ماله اضرارا بدائنيه، و هذا التزام شخصي مصدره القانون[7].

و هكذا نخلص من هذا الفصل الى القول بأن الدعوى البولصية، هي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين المشوب بالغش في مواجهة الدائنين، كما ننتهي مع الفقه و القضاء الحديث الى أن الدعوى البولصية دعوى شخصية[8].

---

(1) "مارتي و رينو" Marty et Raynaud: الالتزامات ج. 2، 1962، ص. 739 ف. 720 ــ "بلانيول و ريبر و اسمان، بواسطة ردوان" : المرجع السابق، ف. 768 .

(2) "سيللى" : البحث السابق، ص. 165 ف. 2 .

(3) "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق، ص. 301 ف. 763 ــ "مارتي و رينو" : المرجع السابق، ص. 739 ف. 720 ــ "ويل و تيرى" : المرجع السابق، ص. 940 ف. 873 ــ "ديموج" : المرجع السابق، ص. 502 ف. 1117 .

(4) "أوبرى و رو" : المرجع السابق، ص. 197 .

(5) "مازو" : المرجع السابق، ف. 1001 .

(6) نقض فرنسي 30 جويلية 1884 ــ 1 ــ 77 ــ و نشر أيضا في "داللوز" 1885 . 1 . 62

Cass. Civ.I;16 Mars 1954 J.C.P.55.II,8618,note Mattet- Observ.

Hébraud:Rev. Trim. Dr. Civ. 1955,p.354 et 356 - Cf. Jurisclasseur : préc. n°27,p.5 .

(7) السنهوري: الوسيط، ج. 2، ص. 1055 .

(8) قضت محكمة النقض المصرية بأن الدعوى البولصية هي دعوى شخصية يرفعها دائن لابطال التصرف الذي قام به المدين بطريق التواطؤ للاضرار به و حرمانه من امكان التنفيذ على الملك المتصرف فيه، الخ ... و ليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعي لما يطلب ابطال التصرف فيه (نقض مدني 12 ديسمبر 1935، مجموعة عمر، رقم 308 ص. 975). و قضت أيضا بأن الدعوى البولصية ليست في حقيقتها الا دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنه في حق هذا الدائن، و بالقدر الذي يكفي للوفاء بدينه (نقض مدني 5 أفريل 1951، مجموعة أحكام النقض 2، رقم 112، ص. 674). أشار الى ذلك السنهوري في الوسيط، ج 2: السابق الذكر، ص. 1055، هامش (3) .

البـاب الثـانـي

أحكـام الدعـوى البـولصيـة

بعد أن تناولنا في الباب التمهيدى من هذا البحث، تطور الدعوى البولصية عبر القوانين، و طبيعتها، و هي دراسة نظرية بحتة، يجدر بنا أن نتناول أحكام الدعوى البولصية من حيث مجال استعمالها، و شروط ممارستها، و هو الميدان التطبيقي لهذه الدعوى.

و السؤال الذى يطرح في موضوعنا هذا، المتعلق بالدعوى البولصية، و الذى يطرح بالنسبة الى أى دعوى أخرى، هو معرفة متى تمارس الدعوى البولصية. ؟

ان القوانين (1) تمنح الدائنين حقا خاصا بموجب الدعوى البولصية، التي نشأت كوسيلة لمحاربة التصرفات المشوبة بالغش، و على هذا الأساس، فان السؤال الذى يطرح بصيغة أوضح، هو الآتي: متى ينشأ هذا الحق؟

ان هذا التساؤل، يثير عموما مسألة شروط ممارسة الدعوى البولصية، و هي في جملتها كما رأينا، و كما سنرى بالتفصيل، واحدة في كل القوانين، و هذه الشروط طبقا لقوانينها، منها ما يتعلق بالتصرف المطعون فيه، و منها ما يتعلق بالمدين، و منها ما يتعلق بحق الدائن. و هذا هو التقسيم الذى اعتمده الفقه العربي، و نحن لا نريد أن نبتعد عن هذا التقسيم، لأننا نرى ضرورته، حتى نلم الماما شاملا بدراسة هذه الدعوى، الا أننا سنخالفه، فيما يتعلق بدراسة التصرف المطعون فيه، و نفضل دراسته في فصل مستقل تحت عنوان: مجال استعمال الدعوى البولصية.

و كل الشروط في حقيقتها، سواء منها ما يتعلق بحق الدائن، أو بالمدين، أو بالتصرف المطعون فيه، تدور كلها حول فكرة وجود غش من المدين سبب ضررا للدائن، أى وجود مصلحة مشروعة و جدية للدائن لتتخذ أساسا لشروط رفع الدعوى، اذ "لا دعوى بدون مصلحة".

---

(1) المادة 191 م جزائرى، و تقابلها في القوانين الأخرى المواد 237 م، مصرى ـ 238 م، سورى ـ 263 م، عراقي ـ 240 م ليبي ـ 1167 م، فرنسي ـ 278 موجبات لبناني (مع ملاحظة أن القانونين الفرنسي و اللبناني لم ينظما الدعوى البولصية سوى بمادة واحدة، بينما القوانين العربية نظمتها في 7 مواد.

و لهذا نجد الفقه الفرنسي الحديث[1] يوجز شروط الدعوى البولصية في شرطين أساسين، و هما الغش و الضرر .

هذا و يتجه جانب من الفقه الفرنسي التقليدي الى اعتبار الضرر عنصر من عناصر الغش[2].

و نلاحظ أن السبب الذي جعل الفقه الفرنسي يوجز شروط هذه الدعوى في شرطي الضرر و الغش، يرجع الى كون القانون الفرنسي لم يتناول الدعوى البولصية الا في مادة واحدة، لم تشر الى أي شرط آخر غير شرط الغش[3]، في حين أن التطبيقات الخاصة الواردة فيه للدعوى البولصية، أشارت الى لفظ "الضرر"[4].

و بناء على ما تقدم، نقسم هذا الباب الى فصلين :

ـ الفصل الأول : مجال استعمال الدعوى البولصية .

ـ الفصل الثاني : شروط ممارسة الدعوى البولصية .

==================

---

(1) أنظر "كولان و كابيتان " : المرجع السابق، ص776 و 777 ف1366 و 1571 ـ "بلانيول و ريبر بواسطة ردوان " : المرجع السابق، ص257 ف928 ـ "سيناي" : بحثها السابق الذكر، ص187 و 188 ف، من 10 الى 12 ـ "بلانيول و ريبر و بولانجيه " : المرجع السابق، ص528 ف1409 ـ أما "جروبيه "في رسالته السابقة الذكر، ص11 ف6، يرى أن شرط الضرر يدرس بمناسبة دراسة شرطي الاعسار و أسبقية حق الدائن .

(2) "Baudry et Barde, préc. n°650-Colmet de Santerre, 82bis VI; Demolombe: préc. n°175-Laurent, T.XVI, n°434; Toullier, [illegible], n°348; Marcadé, T.IV, II, 497; Larombière: préc. T II, Art. 1167, n°216 .

و يقول "لوران "، و هو الوحيد الذي استخلص شرط الضرر من شرط الغش:

"Le débiteur fraude ses créanciers, quand il dispose de ses biens pour leur enlever cette garantie; donc dans le but et avec cet effet que les biens qui lui resteront ne leur suffiront plus pour obtenir le paiement de ce qui leur est du".

أشار الى هذا الرأي "جروبيه " : رسالته السابقة الذكر، ص10، هامش(1) .

(3) أنظر نص هذه المادة في ص18، هامش(1) من هذا البحث (الدعوى البولصية في القانون الفرنسي) .

(4) أنظر المواد 622، 788، 1053 ـ فيما يتعلق بنص المادتين 622، 788 م فرنسي، أنظر ص25 هامش(2)، و ص26 هامش(1)، أما المادة 1053 فسنتطرق لها في حينها .

الفصـــــل الأول

مجـال استـعمـال الدعـوى البولصـية

ان الدعوى البولصية التي نشأت كوسيلة لمحاربة تصرفات المدين المشوبة بالغش، قد وجدت مجالا واسعا في نطاق التصرفات القانونية بوجه عام، و نجد قوانيننا، فيما عدا تقنين الموجبات و العقود اللبناني [1]، قد وسعت كثيرا في مجال الدعوى البولصية، حتى جعلتها تمتد الى التصرفات التي يزيد بها المدين في التزاماته، و لم تقصرها فقط على تلك التي ينقص بها من حقوقه، أي خولت الدائن الحق في أن يطعن في جميع التصرفات التي يبرمها المدين اضرارا بحقوقه و هذا ما نصت عليه المادة 191م . جزائري بقولها : "لكل دائن حل أجل دينه ، و صدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، و ترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره ، و ذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية"[2] و يتضح من هذه المادة، أن الضرر يرتبط ارتباطا وثيقا بالاعسار.

أما بالنسبة الى القانون الفرنسي ، فانه لم يشر الى شرط الضرر في مادته الأساسية 1167، ولا الى الاعسار، غير أن أغلب الفقه الفرنسي ، مع اعترافه بمدى ارتباط الضرر بالاعسار، يقرر أن التصرف، لكي يكون محلا للطعن بالدعوى البولصية، يجب أن يكون المدين الذى أبرمه معسرا، و أن يكون هذا التصرف قد أدى الى اعساره أو الزيادة فيه [3].

هذا ، و باعتبار الدعوى البولصية في القانون الفرنسي ، قد طورها و بلورها القضاء حين رأى أن نص المادة 1167 غير كاف، فاننا نستشهد ببعض الأحكام القضائية التي أكدت ذلك بعبارات قاطعة، منها حكم صدر في 25 جوان 1895 [4] يقضي بأنه : "للنجاح في الدعوى البولصية يجب اثبات أن التصرف المطعون فيه قد أدى الى اعسار المدين ، أو زيادة اعساره" .

---

(1) و ذلك أن قانون الموجبات اللبنانيساير القانون الفرنسي في تنظيمه لهذه الدعوى.

(2) و نلاحظ أن المشرع الجزائري بالمادة 191م ، قد أسقط لفظ "عليه" اذ الأصح أن تكون صياغة المادة : "... و ترتب عليه عسر المدين أو الزيادة في عسره" .

(3) أنظر "جروبيه" : رسالته السابقة الذكر ص 14 ف 7 ، - "مارتي و رينو" : المرجع السابق، ص 725 ف 703 - "بلانيول و ريبر و بولانجيه" : المرجع السابق، ف 1409 .

(4) صدر هذا الحكم من غرفة السواقي بتاريخ 25 جوان 1395 - نشر في سيريه 1899 عدد 1 برقم 491 - و نشر في داللوز 1895 عدد 1 برقم 486 أشار اليه "جروبيه" في رسالته السابقة الذكر ص 16 ، هامش (7) .

و نلاحظ أنه حتى يتسنى لنا معرفة الشروط الواجب توافرها في تصرف المدين لكي يكون محلا للطعن بالدعوى البولصية، يجب علينا أن نحدد المقصود بالضرر في الدعوى البولصية مع ملاحظة أن ما نريد التركيز عليه هنا، هو الضرر الخاص بالدائنين العاديين و ليس الضرر الخاص بالدائنين الممتازين ،فالدائنون العاديون لا يتمتعون الا بالحق الذي لهم على أموال مدينهم التي تعتبر الضمان العام لهم، و هذا الضمان العام لا يلتبس بالتأمين الخاص الذي يقع على مال معين للمدين لمصلحة دائنيه.فاذا تصرف المدين في العين الذي خصصت لضمان حق الدائن ، فان هذا الأخير يستطيع اللجوء الى الدعوى البولصية، و لكن ضد تصرف المدين في عين مخصصة كضمان لسداد حقه ، و لو كان ما بقي من أموال في ذمة المدين كافيا لسداد حق الدائن(1) ففي مثل هذه الحالة، يكون الضرر عسير الاكتشاف،و يعتبر السنهوري أن المدين هنا، يعتبر في حالة اعسار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية ، مادام الدائن لا يستطيع أن يصل الى العين ذاتها التي تركز فيها حقه(2).

و الذي يهمنا في بحثنا هذا، هم الدائنون العاديون، و اذا استندنا الى المادة 191م ،جزائري،السابقة الذكر، نجدها تمكن الدائنين من الطعن في جميع التصرفات الضارة بهم، و أن الضرر الذي تشترطه هذه المادة، يكمن في التصرفات التي تنقص من حقوق المدين ، أو تزيد في التزاماته ، و يكون من نتائجها اعسار المدين ،أو الزيادة في عسره .

من هنا نستخلص أن الضرر لا يتحقق بالنسبة الى الدائنين العاديين الا منذ اللحظة التي تصبح فيها ذمة المدين عاجزة عن سداد ديونه، أي من الوقت الذي يصير فيه المدين معسرا بسبب تصرفه المشوب بالغش، و هذا ناتج من الهدف من الدعوى البولصية و هو حماية ذمة المدين التي هي الضمان العام لدائنيه من أن تقل على أثر التصرف المشوب بالغش.

و تقع التصرفات الضارة التي تنقص من حقوق المدين، أو تزيد في التزاماته و التي يكون من نتائجها اعسار المدين أو زيادة اعساره تحت تسمية التصرفات المفقرة "Les actes d'appauvrissement"

و على ضوء ما تقدم، يتضح لنا أن هناك شروطا لا بد من توافرها في التصرف المراد الطعن فيه، حتى تقبل ممارسة الدعوى البولصية ،و هذه الشروط هي أن يكون التصرف قانونيا و مفقرا، و أن يؤدي الى اعسار المدين أو زيادة اعساره .

---

(1) أنظر حكم محكمة استئناف "باريس" الصادر في 23 جويلية 1937 et J .C.P 38.II 492 note René Dallant; D.P 1939.2.8. NOTE RADOUANT.

و هناك حكم صدر من الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسي في 19 ديسمبر 1941، و نشر في داللوز النقدي 1942 برقم 65، و في جيريس كلاسير سنة 1942، عدد 2 برقم 1809 مع تعليق للاستاذ "Becqué" ــ مشار الى هذين الحكمين في جيريس كلاسير، السابق الذكر، رقم 13 ف. 154 .

(2) السنهوري: الوسيط، ج 2 :السابق الذكر، ص 1030 ف. 536 .

المبحث الأول

يجب أن يكون التصرف قانونيا

ان الدعوى البولصية قد تقررت لابطال الآثار القانونية للتصرف الصادر من المدين اضرارا بدائنيه ، و عندما نستعمل كلمة "التصرف" ، نقصد بذلك في هذا الموضوع ، التصرف القانوني ، و يعلل ، اشتراط أن يكون التصرف قانونيا ، أن الدعوى البولصية جاءت لمحاربة الغش ، و هو عمل ارادي ، و بالتالي ، فان مجال الدعوى البولصية يمتد الى جميع التصرفات القانونية ، و لذا ، فان هذه الدعوى لا تقبل اذا كانت ذمة المدين قد افتقرت بتصرفات مادية خارجة عن ارادة المدين ، فمجالها التصرفات القانونية[1] دون الأعمال المادية[2] ، اذ لا يمكن تصور وجود غش من المدين ، اذا افتقرت ذمته بتصرفات مادية خارجة عن ارادته .

و يتفق الفقه[3] على أن التصرفات القانونية ، بصورة عامة ، يمكن الطعن فيها بالدعوى البولصية عندما تتوافر شروط ممارستها التي تتعلق بالمدين ، و حق الدائن[4] . و لا مجال للتفرقة بين التصرفات الصادرة من جانب واحد كتنازل المدين عن حق عيني كارتفاق ، أو رهن ، أو انتفاع ، أو نزوله عن وصية صادرة لصالحه ، أو ابرائه مدينا له ، اذ الابراء في القانون المدني الجزائري على غرار القانون المصري ، يتم بارادة منفردة[5] ، و بين التصرفات الصادرة من الجانبين .

و قد يكون التصرف الصادر من الجانبين ، تبرعا ، أو معاوضة ، و التفرقة بين المعاوضات و التبرعات لها أهميتها الكبرى في تحديد شروط نجاح الدعوى البولصية من حيث اشتراط الغش أو عدم اشتراطه .

غير أن هناك مسألة أثارت النقاش و هي الحالة التي يفتقر فيها المدين بسبب واقعة قانونية تتمثل في ضياع حق ناتج ليس عن تصرف قانوني ، و انما عن الامتناع من المدين غشا ، كما لو ترك عينا مملوكة له في يد الغير ، و أهمل المطالبة بها بدعوى الاستحقاق حتى يتملكها واضع اليد بالتقادم ، فهل للدائن الحق في أن يطعن في هذا العمل السلبي من جانب المدين بالدعوى البولصية ؟

---

(1) أنظر "ويل و تيري" : المرجع السابق ، ص 923 ، ف 665 - "مازو" : المرجع السابق ، ص 1024 ، ف 962 .

(2) "السنهوري" : الوسيط ، ج 2 ، السابق الذكر ، ص 1009 ، ف 574 - "أنور سلطان" : المرجع السابق الذكر ، ص 43 ، ف 44 .

(3) أنظر "بلانيول و ريبير بواسطة ردوان" : السابق الذكره ص 272 ، ف 943 - "ديموج" : المرجع السابق ، ص 442 ، ف 1060 .

(4) أنظر فيما يتعلق بشروط ممارسة الدعوى الخاصة بالمدين ، و حق الدائن (الفصل الثاني من هذا الباب) - أما فيما يتعلق بالشروط الخاصة بالتصرف المطعون فيه ، فانا تناولناها في هذا الفصل ، و نحن بصدد مجال استعمال الدعوى البولصية .

(5) أما الابراء في القانون الفرنسي ، و اللبناني ، فهو تصرف من جانبين ، اذ يتم بارادة الدائن و المدين .

أجاز القانون الروماني الدعوى البولصية في هذه الحالة(1). و يرى الفقيه الفرنسي "مازو"، أن هذه الحالة تصرف قانوني ، لأنها تخل اراد ى عن الحق(2).

أما "ديموج"، فلا يسلم بهذا التوسع في نطاق الدعوى البولصية، و يرى في ذلك مساسا كبيرا بأدنى الحرية التي يجب أن تترك للمدين(3).

و يرى "السنهوري"، أن المشرع قد منح الدائن في مثل هذه الحالة، وسيلة أخرى هي الدعوى غير المباشرة التي يستطيع الدائن أن يتدخل فيها باسم المدين ، فيقطع التقادم قبل تمامه (4).

و نلاحظ أنه اذا كان الأصل العام، هو أن الطعن بالدعوى البولصية، لا يكون الا في التصرفات القانونية . فان هناك حالات قد تتخذ فيها الدعوى البولصية صورة خاصة ، و تتمثل هذه الحالات في حالتين ، احداهما نكون فيها أمام تصرف قانوني ، تتخذ فيه الدعوى البولصية شكلا خاصا، و هي الحالة المتمثلة في الطعن في القسمة . و ثانيتهما ، فاننا لا نكون أمام تصرف قانوني ، و انما أمام حكم قضائي . و هاتان الحالتان نتناولها على التوالي .

أولا : الطعن في القسمة :

غالبا ما يستغل المدين سيء النية عقد القسمة للاضرار بدائنيه ، بأن يتواطأ مع باقي المتقاسمين على أن يفرز لنفسه مثلا نصيبا أقل مما يستحقه اضرارا بضمان الدائنين . و طبيعي اذا تمت القسمة على هذا الوجه، أن يكون للدائن الحق في أن يطعن فيها بالدعوى البولصية ، غير أنه لما كانت القسمة تتطلب عادة اجراءات طويلة و معقدة، و تمس مصالح أطراف متعددين ، فقد رأت القوانين ، أن تمكن الدائن من منع الضرر قبل وقوعه، بدلا من انتظار تمام القسمة، ثم الطعن فيها ، و اعادة اجراءاتها . فأجازت للدائن أن يتدخل في اجراءاتها ليراقب مسلك مدينه ، و يمنعه من الاضرار بحقه . و هذا ما تناولته المادة 729 م . جزائري بقولها : "لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا ، أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم .

---

(1) "عمر ممدوح مصطفى" : القانون الروماني: المرجع السابق، ص. 456 ـ "صوفي حسن أبو طالب" : المرجع السابق، ص. 81 .

(2) انظر "مازو" : المرجع السابق، ص. 1025 ف. 932 .

(3) "ديموج" : المرجع السابق، ص. 443 ف. 1060 ـ أنظر أيضا "بيدان و ليربيور بيجونييه" : المرجع السابق، ص. 470 ف. 647، اذ يقولان : " L'Art. 1167 permet aux créanciers d'attaquer les actes de leur débiteur et non les simples inactions de celui-ci".

(4) "السنهوري" : الوسيط ج . 2، المرجع السابق، ص. 1009 ف. 574 ـ "أنور سلطان" : المرجع السابق، ص. 43 ف. 44 ـ "اسماعيل غانم" : المرجع السابق، ص. 172 ف. 69 .

و توجه المعارضة الى كل الشركاء، و يترتب عليها الزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات، و الا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، و يجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة .

أما اذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يدخلوا فيها أن يطعنوا فيها الا في حالة الغش "[1] .

و يقصد بهذا النص حماية دائني الشركاء عند قسمة المال الشائع، سواء كانت القسمة قضائية، أو اتفاقية، و سواء كانت القسمة كلية، أو جزئية، عينية، أو قسمة تصفية[2] .

و يلاحظ "وحيد سوار" أن هذا النص قد اقتصر على السماح بادخال الدائنين في اجراءات القسمة القضائية فقط، و يستفاد هذا القصر من المادة 729 م . جزائرى السابقة الذكر[3] .

كما يلاحظ "السنهوري" أن نص المادة 842 م . مصرى، الذى يقابل المادة 729 م . جزائرى، يوحي بأن تدخل الدائنين في القسمة حماية لمصالحهم، انما هو مقصور على القسمة القضائية، دون القسمة الاتفاقية[4] .

و يقترح "وحيد سوار" السماح للدائنين بالتدخل في اجراءات القسمة بوجه عام، سواء كانت رضائية، أو قضائية، كما هي الحال في القانون المدني السورى[5]، اذ لا يرى ثمة مبررا للتفرقة بين القسمة القضائية، و القسمة الرضائية فيما يتعلق بحماية الدائنين، بل يتعين اسباغ الحماية على هؤلاء في القسمتين .

و يقول "السنهوري"، في هذا الصدد، ما يلي : "لعل القسمة الاتفاقية، و هي خالية

---

(1) تقابل المادة 729 م . جزائرى، في القوانين العربية، المواد 842 م . مصرى، 846 م . ليبي (و هاتان المادتان تطابقان تماما نص المادة 729)، و المادة 796 م . سورى، و هي تشمل القسمة القضائية و الاتفاقية، و المواد 942/1، و 943، و 945 موجبات لبناني، و هي متفقة في مجموعها مع أحكام القانون المصرى . أما المادة 1071/3 م . عراقي، فقد أورد حكما هو مجرد تطبيق للقواعد العامة، اذ تنص على أن "الدائن كل شريك أن يطعنوا بالقسمة اذا كان فيها غش أضر بمصلحتهم" .

(2) "السنهوري": الوسيط، ج 8، في شرح القانون المدني : حق الملكية مع شرح مفصل للاشياء و الأموال، ف . 563 و ما يليها ص . 946 .

(3) "وحيد سوار" : محاضرات في القانون المدني الجزائرى، ألقيت على طلبة الماجستير سنة 1980

(4) و هذا ما يستخلصه "السنهوري" في الوسيط، ج 8، السابق الذكر، من المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى لهذا النص (المادة 842 مصرى) اذ ورد في هذه المذكرة : "أما اذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين، أو كانت القسمة عقدا، فليس للدائنين أن يطعنوا في القسمة الا بطريق الغش في الحالة الأولى، أو بطريق الدعوى البولصية في الحالة الثانية"، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 2، ص . 120 .

(5) تنص المادة 796/2 م . سورى على أن : "المعارضة تكون في حالة القسمة القضائية بتدخل الدائنين في المحكمة أو أمام دائرة التنفيذ، و في حالة القسمة الرضائية بانذار رسمي يبلغ الى جميع الشركاء، و يترتب على الشركاء أن يدعوا من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات، و الا كانت القسمة غير نافذة في حقهم" .

من ضمانات القسمة القضائية أحوج الى هذا التدخل، لذلك يحسن التوسع في تفسير النص مما يجعله شاملا للقسمتين، و يدعى من الدائنين المقيدين في القسمة الاتفاقية، الدائنون المقيدون قبل ابرام هذه القسمة قياسا على دعوة الدائنين المقيدين قبل رفع دعوى القسمة في حالة القسمة القضائية[1]، هذا الى أن نص المادة 882 من التقنين الفرنسي، و هو النص الذى استقى منه نص المادة 842م. مصرى، لا خلاف في انطباقه على كل من القسمة القضائية و الاتفاقية" [2].

و هكذا، و على فرض التوسع في النص الخاص بالقسمة، نستطيع القول بأن القوانين قد سمحت للدائن بحق توجيه المعارضة الى جميع الشركاء، و حق التدخل بمعنى أنه متى وصلت المعارضة الى جميع الشركاء، يجب عليهم اذا هم عمدوا الى اقتسام المال الشائع أن يدخلوا الدائن المعارض في جميع اجراءات القسمة، سواء كانت قضائية أو اتفاقية .

أما فيما يخص الدائنين المقيدة حقوقهم، فيجب على الشركاء ادخالهم في اجراءات القسمة دون حاجة الى أن يوجه هؤلاء الدائنون معارضة الى الشركاء، بمعنى أن الدائن المرتهن رهنا رسميا أو حيازيا للمال الشائع، و الدائن الذى له حق تخصيص، أو حق امتياز على المال الشائع، اذا قيد هؤلاء حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة في حالة القسمة القضائية، أو قبل ابرام القسمة في حالة القسمة الاتفاقية، يكونون بهذا القيد معروفين من قبل الشركاء، و ليسوا اذن، في حاجة الى توجيه معارضة الى الشركاء. و لهذا جعلت القوانين من مجرد عدم دعوة الدائنين الى التدخل في اجراءات القسمة، بعد أن عارضوا، أو بعد أن قيدوا حقوقهم سببا كافيا لجعل القسمة غير نافذة في حقهم[3]، ما داموا لم يتدخلوا فعلا في القسمة، و ذلك دون حاجة الى أن يثبتوا غش الشريك المدين أو تواطؤ الشركاء، و لكن مع ذلك، يجب على الدائن أن يثبت أن القسمة قد عادت عليه بالضرر.

هذا فيما يتعلق بحق الدائنين في المعارضة و التدخل قبل تمام القسمة، أما بعد تمام القسمة، فهناك ثلاثة فروض.

<u>الفرض الأول</u>: أن يكون الدائن قد تدخل فعلا في اجراءات القسمة.

<u>الفرض الثاني</u>: أن يكون الدائن لم يدع للتدخل في اجراءات القسمة، بالرغم من المعارضة التي وجهها الى الشركاء جميعا، أو بالرغم من أنه له حقا مقيدا .

<u>الفرض الثالث</u>: أن يكون الدائن لم يتدخل في اجراءات القسمة، لأنه لم يعارض، أو عارض أو كان من أصحاب الحقوق المقيدة، و دعي الى التدخل و رغم ذلك لم يتدخل .

---

(1) أنظر السنهوري: الوسيط، ج . 8، ص936 ف. 563 .

(2) أنظر "ديموج": المرجع السابق، ص. 510 ف. 1124 .

(3) و هذا ما تناولته المادة 729 /1و2 م. جزائري السابقة الذكر- و ما يقابلها في القوانين العربية (ص 48، هامش (1) من هذا البحث) .

و هذا الفرض الأخير هو الذى تناولته المادة 729 / 3 بنصها على أنه "اذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها الا في حالة الغش" .

و في هذا الفرض، سواء كان الدائن مقصراً أو غير مقصر، اذا تمت القسمة دون أن يدخل في اجراءاتها تكون نافذة في حقه، الا اذا تبين أن المدين قد تعمد الاضرار بحقوق الدائن ، و لا يكون أمام الدائن في هذه الحالة، سوى أن يطعن في القسمة بعد تمامها بالدعوى البولصية، فيثبت غش المدين ، و تواطؤ باقي الشركاء معه وفقاً للقواعد العامة المقررة لهذه الدعوى .

و يختلف القانون الفرنسي عن قوانيننا في هذه المسألة، اذ تجد المادة 1167 / 2[1] م .فرنسي ، تقيد من حق الدائنين في ممارسة الدعوى البولصية في حالتين من حالات القسمة : قسمة التركة بالمادة 882[1] م .فرنسي ، و قسمة الأموال المشتركة بين الزوجين بالمادة 1476 م . فرنسي[3] . فتنص صراحة على عدم جواز الطعن في القسمة بعد تمامها ، و قد أعطى للدائن الفرصة في منع الغش في صورة وقائية، بأن جعل له الحق في التدخل في القسمة قبل تمامها لمراقبة مدينه ، و ذلك بدلا من اعطائه الحق في أن يطعن فيها بالدعوى البولصية . و يلاحظ أن الذى أملى على القانون الفرنسي هذا الحكم هو حرصه على استقرار القسمة بعد تمامها خاصة و أن عقد القسمة من العقود الحساسة و المعقدة اذ يمس مصالح عائلية كقسمة التركة، و الأموال المشتركة بين الزوجين[4] ، و فيما عدا هاتين الحالتين ، فانه يجوز للدائنين أن يطعنوا في القسمة بعد تمامها .

غير أن محاكم الاستئناف قد سلمت بأن المادة 882 م .فرنسي ، لا تحمي سوى القسمة التي تكون عن حسن نية[5] . أما محكمة النقض الفرنسية، فقد سلمت دائماً بوجود غش محقق حتى تكون القسمة التى تمت في حالة عدم وجود معارضة غير قابلة للطعن[6] .

---

(1) تنص المادة 1167 / 2 م .فرنسي : "Ils doivent néamoins, quand à leurs droits énoncés au titre "des successions" et au titre "du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux", se conformer aux règles qui y sont prescrites".

(2) تنص المادة 882 م .فرنسي : " Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence : ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais: mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée".

(3) تنص المادة 1476 م . فرنسي : " Au surplus, le partage de la communauté pour tout ce qui concerne ses formes, . est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre des "successions" pour les partages entre cohéritiers".

(4) أنظر "بلانيول و ريبير و ردوان" : المرجع السابق، ص 231 ف 952 ـ "ديموج" : المرجع السابق ص 505 ف 1120 .

(5) أنظر جميع القضايا التي أشار اليها "ديموج" : المرجع السابق، ص 505 ف 1120 ، هامش (4) ، نذكر منها " Bordeaux" 11 جويلية، نشر في سيريه 1834 عدد 2 برقم 277 ـ " Montpellier " 11 جوان 1839، نشر في سيريه 1839 عدد 2، برقم 473 ، و نشر في داللوز سلسلة 1839 عدد 1 برقم 233 .

(6) استئناف فرنسي 27 ديسمبر 1923، نشر في سيريه 1927 عدد 1 برقم 111 .

و اذا تمت القسمة من طرف الشركاء بالرغم من تلقيهم معارضة دائن لأحد الشركاء ، فان لهذا الدائن الحق في أن يطعن في القسمة التي تمت بدون حضوره بالدعوى البولصية ، و يكون الغش في هذه الحالة مفترضا من تجاهل المعارضة(1).

هذا، و اذا كان القانون الفرنسي قد هدف بالمادتين 882 و 1476، الى تحقيق مبدأين ، و هما ضمان استقرار القسمة من جهة، و حماية اطمئنان المتقاسمين من جهة أخرى ، فسمح للدائن بالمعارضة، و التدخل في القسمة، و في نفس الوقت، اذا لم يستفد من هذه الوسيلة الوقائية التي منحت له، فانه لا يستطيع بعد ئذ أن يلجأ الى الدعوى البولصية، فقد أورد على ذلك بعض الاستثناءات، و أجاز الطعن في القسمة التامة، و لو لم تكن هناك معارضة، و ذلك في حالتين : تتمثل احداهما في الطعن في القسمة التامة بالغش، و ثانيتهما الطعن في القسمة التامة بالصورية .

ففيما يتعلق بالحالة الأولى ، يطعن في القسمة التامة بالغش اذا عجل الشركاء بالقسمة تعجيلا غير مألوف، و تعمدوا اخفاء ذلك عن الدائن اضرارا بمصالحه . و لهذا يشترط القضاء للطعن في القسمة بالغش شرطين ، و هما : 1) يجب أن تكون هناك استحالة لعمل المعارضة ، كما في الحالة التي يلجأ فيها الشركاء في الارث الى اخفاء موت مورثهم، و يباشرون القسمة بصورة مستعجلة، بحيث يتعذر على دائن أحد هؤلاء الشركاء أن يتدخل في القسمة أو يعمل معارضة . 2) يجب أن تكون هذه القسمة المستعجلة مبنية على الغش، أي تعمد الشركاء في الارث اخفاء ذلك على الدائن اضرارا بمصالحه(2).

كما أن "أوبري و رو" يقولان أنه يجوز للدائن الذي لم يعارض أن يطعن في القسمة التي تمت بدون تدخله بالدعوى البولصية على شرط أن يثبت أن هذه القسمة كانت نتيجة لغش مدبر ما بين كل الشركاء في الارث، و لا يكفي اثبات وجود غش ما بين المدين و أحد أو بعض الشركاء في الارث(3). ففي هذه الحالة الأخيرة، ليس للدائن الحق الا في مجرد دعوى لتعويض الأضرار ضد هؤلاء الشركاء في الارث الذين اشتركوا في الغش(4).

---

(1) عرائض 04 فيفري 1889، نشر في سيريه سنة 1890 عدد 1 برقم 21 ـ أشار الى ذلك "ستارك" Starck : الالتزامات، 1972 ف. 2592 .

(2) نقض فرنسي 1857، نشر في داللوز الدوري 1857 عدد 1 برقم 255 ـ و في سيريه 1858 عدد 1 برقم 47 ـ عرائض 22 جانفي 1930، الأسبوع القانوني 1930 ص 397، و نشر في سيريه 1930 عدد 1 برقم 215 ـ عرائض 1 ماي 1945، نشر في سيريه 1945 عدد 1 برقم 99 مشارا الى هذه الأحكام في "جيريمي كلاسير : السابق الذكر، ص 11 ف. 86 ـ 87 .

(3) "أوبري و رو" : المرجع السابق، ص 210 .

(4) باريس 24 أفريل 1937، نشر في داللوز الأسبوعي سنة 1937 ـ 354، أشار له "أوبري و رو" : المرجع السابق، ص 210، ملاحظة 34 .

و يقترح "جروبيه" أن تكون القسمة باطلة في جميع الحالات التي يوجد فيها غش شديد "Fraude accentuée"[1].

أما الحالة الثانية، و المتمثلة في الطعن في القسمة التامة بالصورية، فقد استثنى القانون الفرنسي حالة القسمة التي تتم صوريا، و أجاز للدائنين الطعن في هذه القسمة بدعوى الصورية اذا كانت القسمة صورية بحتة[2]، اذا توافرت شروطها .

و فيما عدا هاتين الحالتين ـ حالة القسمة المعجلة و المبنية على الغش و القسمة الصورية ـ التي أجاز فيهما القانون الفرنسي استثناء الطعن حتى لو تمت القسمة ، يحرص القضاء الفرنسي ، و أغلب الفقه[3]، على عدم مد هذا الاستثناء الى كل أنواع القسمة، كقسمة الأباء و الأجداد "Partage d'ascendant"[4]، و قسمة الشركة[5] ففي هذه الحالات ، تطبق الدعوى البولصية بصورتها العامة (المألوفة) .

هذا كل ما يتعلق بالمادة 832 م .فرنسي ، الخاصة بقسمة التركة، أما فيما يخص القيد الثاني الذى أوردته المادة 2/1167 م .فرنسي من نطاق الدعوى البولصية، فهو قسمة الأموال المشتركة بين الزوجين ، المنصوص عليها بالمادة 1476، و اذا رجعنا الى نص هذه المادة[6]، فانها تحيلنا في تطبيق قواعد القسمة الى القواعد المتعلقة بقسمة التركة، الأمر الذى نستخلص منه أن الدعوى البولصية في هذه الحالة، تخضع لنفس الشروط التي سبق أن رأيناها في قسمة التركة، و هي المعارضة و التدخل ، في اجراءات القسمة، فاذا أهمل دائنو أحد المتقاسمين المعارضة، أو التدخل في القسمة لمراقبة اجراءاتها ، فلا يستطيعون بعد ذلك أن يطعنوا في هذه القسمة بالدعوى البولصية[7] .

---

(1) "جروبيه" : رسالته السابقة الذكر، ص. 562، و ما يليها ف. 304، و هو يلاحظ أن هذا الاقتراح يلعب دورا من الناحية العملية أكثر من الدور الذى يلعبه المبدأ الوارد بالمادة 882 و هو ضمان المحافظة على استقرار القسمة و اطمئنان المتقاسمين ، و يجد سندا له في معظم الأحكام القضائية التي لا ترفض الدعوى البولصية ضد القسمة التامة اذا تبين أنها بنيت على الغش (و هو يعترف بمدى صعوبة ذلك من الناحية النظرية) .

(2) عرائض 2 جانفي 1930، السابق الذكر، ص. 51 هامش (2) من هذا البحث ـ نقض فرنسي 17 نوفمبر 1890، نشر في داللوز سنة 1893 عدد 1 برقم 25 ـ و أنظر هذه المسألة بالتفصيل "جروبيه" : رسالته السابقة ف. 304 و ما يليها ـ "ديموج" : المرجع السابق، ف. 1122 ـ "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق، ص. 283 .

(3) أنظر "مارتي و رينو" : السابق الذكر، ص. 729 ف. 706 ـ "بلانيول و ريبر و ردوان" : السابق الذكر، ص. 232 ف. 952 .

(4) عرائض 28 ماى 1895، نشر في داللوز الدورى 1896 عدد 1 برقم 154 و في سيريه 1895 عدد 1 برقم 385، مشار اليه في جيريهركلاسير السابق الذكر، ص. 11 .

(5) نقض فرنسي 9 جويلية 1866، نشر في داللوز 1866 عدد 1 برقم 369 ـ و في سيريه 1866 عدد 1 برقم 361، أشار اليه "ديموج" ، المرجع السابق ، ص. 510 هامش (5) .

(6) أنظر نص هذه المادة في ص. 50 هامش (1) من هذا البحث .

(7) "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق، ص. 281 ف. 952 ـ نقض مدني 19 نوفمبر 1890، نشر في داللوز الدورى 1891 عدد 1 برقم 25 ـ و في سيريه 1894 عدد 1 برقم 399، شار اليه "ديموج" في مرجعه السابق الذكر، ص. 510 (511 هامش (5) .

وبهذا نكون قد انتهينا من الطعن في القسمة، لننتقل الى صورة أخرى، قد تتخذ الدعوى البولصية فيها شكلا خاصا، وهي الطعن في الأحكام.

ثانيا : الطعن في الأحكام.

كثيرا، ما يلجأ المدين غير النزيه الى افتعال خصومة قضائية حول أموال يريد اخفاءها عن أعين دائنيه، حتى لا يوقعوا عليها حجزا، ويترك الحكم يصدر ضده بدون أن يعارض فيه.

في هذه الحالة، نجد قانون الاجراءات المدنية، قد سمح للدائن بأن يطعن في الأحكام الصادرة ضد مدينه باجراء خاص يعرف باسم "اعتراض الغير الخارج عن الخصومة"، فأجاز لمن يعتبر الحكم الصادر في أية دعوى حجة عليه، ولو لم يكن قد أدخل، أو تدخل فيها أن يعترض على هذا الحكم، بشرط أن يثبت غش من كان يمثله، أو تواطأه، أو اهماله الجسيم(1). وبهذا يكون حق الدائن متمثلا في شكل خاص، وتسمية مختلفة عندما يكون التصرف الذي يطعن فيه على أساس أنه تم اضرارا، وغشا بحقوقه حكما قضائيا. فهنا تأخذ الدعوى البولصية طريقا من طرق الطعن غير العادية، وتعرف باسم اعتراض الغير الخارج من الخصومة، وهو اجراء خاص بتطبيق الدعوى البولصية على الأحكام.

ويقول "ديمولمب" في هذا الصدد : "ان اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، ليس في الواقع سوى الدعوى البولصية مطبقة على التصرفات القضائية"(2).

---

(1) تنص المادة 191 من قانون الاجراءات المدنية الجزائرى المؤرخ في 8 يونيو 1966، على ما يلي : "لكل ذى مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفا فيه بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة".

وتقابلها في قانون المرافعات المصرى المادة 450 التي هي أوضح من مادتنا، اذ تنص صراحة على أنه : "يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها أن يعترض على هذا الحكم بشرط اثبات غش من كان يمثله أو تواطئه، أو اهماله الجسيم".

كما تنص المادة 474 ق. اجراءات م. فرنسي على أن : "Une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel, ni elle, ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés".

اذن بالنسبة الى القانون الجزائرى والفرنسي، فقد اكتفيا باثبات وجود ضرر للدائن نتيجة الحكم الصادر ضد مدينه، ويكفي بأن قانوننا ذكر كلمة "مصلحة".

(2) "ديمولمب" : المرجع السابق، ص. 163 ف. 157، اذ يقول : "Qu'est-ce en effet la tierce opposition autre chose que l'action paulienne appliquée aux judiciaires?".

ومن الأحكام التي يشير اليها : "أكس" "AIX"، 4 جويلية 1809 ـ سيريه 1812 عدد 2 برقم 31 ـ "باريس"، 30 جويلية 1829 ـ سيريه 1830 عدد 2 برقم 110.

و نلاحظ أنه لا داعي للدخول في التفصيلات المتعلقة بالشروط و الآثار التي استند اليها "جميل الشرقاوى"، لكي يثبت أن عدم النفاذ ليس نظاما أصيلا و يبرر أخذه بفكرة أن الدعوى البولصية ما هي الا صورية مفترضة .

و على كل حال، فان الدعوى البولصية لا يمكن أن تكون دعوى صورية فكما سنرى عند التمييز بين هاتين الدعويين، أن لهما شروطا و آثارا تميز الواحدة عن الأخرى، رغم محاولات البعض من جعل دعوى الصورية، صورة من الدعوى البولصية[1]، أو العكس جعل هذه الأخيرة دعوى صورية مفترضة[2] .

و هكذا نخلص الى القول بأن كل محاولات الفقه في تحديد طبيعة الدعوى البولصية لم تصل الى رأى مقنع نال اجماعا في الفقه كما نلاحظ أن جميع الآراء، سواء القائلة بأن الدعوى البولصية دعوى بطلان، أو أنها دعوى تعويض، يضيفون لذلك دائما، عبارة من "نوع خاص"، كما أن كلا من هذين الرأيين، انتهى في الأخير الى الاعتراف للدعوى البولصية بذاتية مستقلة و طابع مميز .

هذا و أغلب الفقهاء، مع تقديرهم للمشكل المطروح، و هم بصدد تحديد طبيعة الدعوى البولصية، يتجهون نحو نظام مختلط، غير أن البعض يغلب فكرة البطلان، و البعض الأخر فكرة المسئولية[3] كما ذهب البعض الى القول بأنها دعوى بطلان بهدف التعويض[4].

و اذا كان الرأى القائل بأن الدعوى البولصية دعوى بطلان، قد استند الى بعض النصوص التي وردت في القانون المدني الفرنسي، فنحن نرى أن المسألة هنا، لا تتعلق بتفسير النصوص، و اذا حاولنا أن نستند الى ما استند اليه هؤلاء الفقهاء، فباعتبار أننا نناقش الدعوى البولصية في القانون المدني الجزائرى، فان النصوص التي تهمنا في هذا الموضوع[5]، تشير صراحة الى عدم النفاذ، أو عدم الاحتجاج .

أما فيما يخص الرأى القائل بأن الدعوى البولصية، هي دعوى مسئولية، اذا كان قد وجد سندا له في القانون الروماني الذى اعتبر الغش جريمة، و الدعوى البولصية دعوى

---

(1) أنظر "جروبيه" : رسالته السابقة الذكر، ص. 630، و ما يليها . و سنعرض هذا الرأى عند المقارنة بين الدعوى البولصية و دعوى الصورية .

(2) "جميل الشرقاوى" : بحثه السابق الذكر، ص. من 32 الى 50، و رسالته السابقة حول نظرية بطلان التصرف، ص. من 158 الى 166 و يعترف بأن الطعن بالدعوى البولصية لا يخضع لنفس القواعد التي تحكم الطعن بالصورية .

(3) أنظر "ديموج" : المرجع السابق، ف. من 1111 الى 1115 .

(4) "بلانيول و ريبر و اسمان" : المرجع السابق، ف. 967 ـ و يعد هذا الرأى "أندرى بونسار"، جيريسكلاسير، المادة 1167، ص. 6 ف. 30 .

(5) القانون المدني الجزائرى، الصادر في 26 سبتمبر 1975 ـ المواد التي تنظم الدعوى البولصية، من 191 الى 197، و هي غير دقيقة في صياغتها، اذ أحيانا تستعمل لفظ " عدم النفاذ "، و أحيانا "عدم الاحتجاج " . و هذان مترادفان . قارن المواد المتعلقة بالدعوى في القانون المدني المصرى 237 ـ 239، و 242 ـ 243، حيث تستعمل "عدم النفاذ "، و أنظر ما يقابل ذلك في القوانين العربية .

غير أن "مازو" ، وهو من الفقهاء[1] الذين ثاروا على التفرقة بين التصرفات التي ينقص بها المدين من حقوقه ، وتلك التي يزيد بها في التزاماته لا يسلم بهذا الرأي ، ويرى أنه "لو كانت نتيجة الرأي السابقة صحيحة ، لأدت الى عدم جدوى الدعوى البولصية ، وبالتالي الى الغائها "[2] .

وفضلا عن ذلك ، فان الفقهاء الذين يرون قصر نطاق الدعوى البولصية على التصرفات التي تؤدي الى انقاص حقوق المدين ، دون زيادة تماء ، يعترفون بأن هذا الحل من الصعب تبريره من وجهة النظر التطبيقية ، لأن المدين الذي يلجأ الى زيادة التزاماته بعقد ديون جديدة مثلا ، يؤدي بها الى اضافة دائنين جدد ، وهذا يؤثر على وضع الدائنين السابقين[3] . هذا ، ونستخلص حجة من موقف خصوم فكرة توسيع نطاق الدعوى البولصية الى التصرف الذي يزيد به المدين في التزاماته ، من أن الفقه والقضاء الفرنسيين ، بعد أن ذهبا الى قصر التصرف المفقر على انقاص الحقوق ، أوردوا ضمن تطبيقاتهم حالات يرد فيها التصرف المفقر على زيادة الالتزامات لا على انقاص الحقوق ، اذ أجاز القضاء للدائن أن يطعن في قبول الوارث المدين لتركة معسرة ، وقبول الزوجة لأموال زوجية مشتركة معسرة[4] .

ويرى "بلانيول وريبر وردوان " : "أن قبول القضاء الدعوى البولصية في هاتين الحالتين لا يستقيم مع المفهوم الضيق للتصرف المفقر"[5] ، لأن قبول المدين في هاتين الحالتين يؤدي الى زيادة التزاماته ، وبالتالي فان العمل الذي يطعن فيه الدائن هو زيادة المديونية

---

(1) من الفقهاء الذين ثاروا على التفرقة بين التصرف الذي ينقص به المدين من حقوقه ، والتصرف الذي يزيد به في التزاماته ، أنظر "أوبري ورو" : المرجع السابق ، ص 210 ف 313 ملاحظة 33 ـ "ديموج " : المرجع السابق ، ص 460 ف 1073 ـ "مازو" : المرجع السابق ، ص 1025 ف 932 ـ "ستارك " : المرجع السابق ، ص 2596 .

(2) "مازو" : المرجع السابق ، ص 1025 ف 982 : يوضح "مازو" ، أن التصرف المفقر نوعان : (أ) تصرف مفقر حقيقي ـ (ب) تصرف مفقر ظاهري ، ذلك أن المدين سيء النية له وسيلتان لغش دائنيه : أولاهما أن يلجأ الى انقاص حقيقي لذمته بحيث يصبح ما يتبقى من أموال له لا يكفي للوفاء ، وثانيتهما أن يتصرف في أمواله القابلة للحجز مقابل أموال من السهل ابعادها عن متابعة دائنيه ، ويطلق على هذا النوع الأخير اسم التصرف المفقر ظاهريا .
وفي رأينا أن المدين الغاش غالبا ما يلجأ الى هذه الوسيلة الأخيرة ، ولهذا فاذا لم نجز الطعن في مثل هذا التصرف وفقا لما يذهب اليه الفقه الفرنسي ، نكون قد فتحنا مجالا كبيرا للمدين والمتعاملين معه للتحايل الاضرار بالدائنين ، وتصبح الدعوى البولصية مجرد أداة سلبية لا أهمية لها ، رغم ما تحمله من شروط صعبة للنجاح فيها .

(3) أنظر كل الفقهاء السابق الاشارة اليهم ص 55 هامش (5) .

(4) نقض فرنسي في 26 يبرير سنة 1869 نشر في داللوز 1869 عدد 1 برقم 239 ، أشار اليه السنهوري في الوسيط ج 2 : السابق الذكر ، ص 1014 هامش (2) وهو في نظرية العقد لنفس المؤلف : السابق الذكر ، ص 796 هامش (3) ـ و"ديموج " : المرجع السابق ، ص 458

(5) "بلانيول وريبر بواسطة ردوان " : المرجع السابق ، ص 274 ف 945 : / هامش (5) . حيث يقولون : "L'admission de l'action Paulienne contre l'acceptation d'une succession ou d'une communauté insolvables s'accor-de mal avec cette explication, puisque tout se ramène de la part du débiteur, à assumer des dettes nouvelles".

لالتزاماته ، وليس انقاصه لحقوقه [1] .

و يتفق الفقه الفرنسي على قبول الدعوى البولصية ضد التصرف الذى يزيد به المدين في التزاماته ، على شرط أن يكون هناك تواطؤ ما بين المتعاقدين (المدين والمتصرف اليه) خلافا للقاعدة العامة، بهدف ابعاد جزء من أموال المدين عن أعين دائنيه الذين يستطيعون أن يطعنوا في التصرف بالدعوى البولصية . و من أمثلة ذلك ، تواطؤ المدين مع دائن على أن يتقاسما ما يأخذه هذا الدائن من المدين استيفاء لحقه [2] .

و يرى "ريبر و بلانيول و بولانجيه "أن هذه الحالة لا يمكن الطعن فيها ، و أنها ليست انشاء لالتزام جديد ، و انما يكون هذا الدين صوريا بحتا ، يجب أن يطعن فيه بدعوى الصورية [3] .

و نحن نؤيد هذا الرأي لأننا نرى أن الوسيلة الوحيدة أمام المدين لتحقيق غرضه في الصورة السابقة و التي يوردها أولئك الفقهاء في ابراز مصلحة المدين الشخصية، في التصرفات التي يجريها المدين غشا لدائنيه ، بقولهم أن هذا المدين يقصد من التصرف الحصول على نقود يضعها بعيدا عن الدائنين ، هي أن يبرم تصرفات صورية مع الغير معاوضة أو تبرعا ، ليصل بها الى تهريب أمواله ، و ما على هؤلاء الدائنين اذا أرادوا ازالة تصرفات المدين الا أن يطعنوا فيها بدعوى الصورية، و أن يثبتوا عدم جدية هذه التصرفات .

و هكذا نلاحظ مما تقدم، أن الفقه و القضاء الفرنسيين ، يتوسعان نوعا ما في تحديد مفهوم التصرف المفقر، و يتخليان في بعض الحالات عن قصر التصرف المفقر على التصرفات التي ينقص بها المدين من حقوقه، ذلك القصر الذى ورثه القانون الفرنسي من القانون الروماني ، الذى استقر على أن التصرفات التي يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية تنحصر في التصرفات التي تنقص من حقوق المدين ، دون التي تزيد في التزاماته [4] .

و بعد أن عرضنا الخلاف الذى أثاره مفهوم التصرف المفقر في الفقه الفرنسي ، بقي أن نعرف موقف قوانيننا من هذه المسألة .

تفصح نصوص قوانيننا عن رأى صريح في مسألة شمول مفهوم التصرف المفقر للتصرفات التي يزيد بها المدين في التزاماته ، و تساوى في الحكم بين انقاص الحقوق، و زيادة الالتزامات اذ تنص المادة 191 مدني جزائري، مسايرة في ذلك ما استحدثه التقنين المدني المصرى

---

(1) "بلانيول و ريبر و بولانجيه :المرجع السابق، ص. 527 ـ "ويل و تيرى" :المرجع السابق، ص، 926 ف. 870 ـ "كولان و كابيتان" :المرجع السابق، ص، 781 ف 1380 ـ جيجيس كلاسير :السابق الذكر، ص. 9 ف. 60 ـ "بلانيول و ريبر و ردوان" :المرجع السابق، ص. 274 ف. 945 .

(2) "بلانيول و ريبر و ردوان" :المرجع السابق، ص. 274 ف. 945 .

(3) "بلانيول و ريبر و بولانجيه" :المرجع السابق، ص. 527 ف. 1404 .

(4) أنظر تطور الدعوى البولصية في القانون الروماني من بحثنا هذا .

أما أبرز صور التصرفات التي يزيد بها المدين في التزاماته ، فهي أن يلجأ الى عقد قرض جديد [1] ، و يلتزم برد ما اقترض فيسبب اعساره أو يزيد في هذا الاعسار .

و يلاحظ أن التصرف بزيادة الالتزامات هذا ، يبرر الفقه العربي الطعن فيه بما يبرر به البيع بثمن بخس ، و يقول "السنهوري" أن عقد القرض لا يطعن فيه بالدعوى البولصية ، الا اذا كان المدين قد أخفى مبلغ القرض فلم يصل الدائنون اليه [2] " .

و نلاحظ أنه من المنطقي ، أن يلجأ الفقه الى مثل هذه الافتراضات لتبرير الطعن في المعاوضات لأن هذه الأخيرة لا تؤدي عادة الى انقاص ذمة المدين ، فالمفروض أنها لو تضمنت اخراج حق من حقوقه ، فهي تتضمن في نفس الوقت مقابله .

هذا ، و كما ستوى ، يشترط القانون للطعن في المعاوضات أن يكون المتصرف اليه عالما باعسار المدين ، أو بأن التصرف سيؤدي الى اعساره حتى يعتبر مشتركا في الغش ، الأمر الذي يلزم منه أن عقد القرض لا يجوز الطعن فيه الا اذا كان المقرض عالما باعسار المدين . و يبدو لنا أن هذه المسألة غريبة جدا ، اذ لا نتصور اقدام شخص طبيعي و عادي على مساعدة المدين على غش دائنيه باقراضه قرضا حقيقيا مع علمه باعساره ، لأن ذلك سوف يدخله مع دائنين آخرين في اقتسام أموال المدين التي هو يعلم مقدما أنها لا تكفي للوفاء بجميع حقوقه [3] .

و من صور التصرفات التي يزيد بها المدين في التزاماته نذكر كذلك دخول المدين شريكا في عقد شركة يلتزم بموجبه أن يدفع مبلغا من المال كحصة في الشركة ، و يكون هذا الالتزام سببا في اعساره [4] ، و كذا اذا أمن المدين لمصلحة أحد الدائنين أو لمصلحة

---

(1) و هذه الحالة هي التي أطلق عليها "مازو" ، اصطلاح التصرف المفقر ظاهريا "d'appauvrissement apparent" "Acte" في مرجعه السابق الذكر ص. 1025 ف. 982 ـ و انظر في هذا ص. 56 هامش (3) من هذا البحث .

(2) "السنهوري" : الوسيط ، ج 2 ، المرجع السابق ، ص. 1014 هامش (1) . لأن وجود مبلغ القرض في مال المدين لا يسبب اعسار المدين و لا زيادته ، اذ في هذه الحالة يكون قد اغتنى بقدر ما افتقر ... أنه على هذا الأساس يقال بعض الفقهاء في فرنسا ، عدم الطعن بالدعوى البولصية في زيادة الالتزامات .

(3) و هذا النوع من التصرف هو الذي استند اليه "جميل متولي الشرقاوي" أكثر لتدعيم رأيه بأن الدعوى البولصية ما هي الا صورية مفترضة ـ أنظر بحثه السابق الذكر ص. 44 ـ و أنظر أيضا "ريبر و بولانجيه" : المرجع السابق ، ج 2 ، 527 ف. 1404 ، و قد سبق أن أبديناها في هذه النقطة ، أنظر ص. 57 من هذا البحث .

(4) يرى القضاء أن هذه الحالة تدخل في نطاق دعوى الصورية ، أنظر نقض فرنسي في 1851/5/28 ـ نشر في دالوز الدوري 1851 عدد 1 برقم 188 ، و هذا الحكم يتكلم فصلا عن الصورية ـ و حكم صدر في 8 أفريل 1872 نشر في دالوز 1873 عدد 1 برقم 65 ـ مشار اليهما في "جيجيركلاسيس" السابق الذكر ص. 8 ف. 52 .

أولاده[1].

و هكذا ننتهي الى القول بأنه، كقاعدة عامة يستطيع الدائن أن يطعن في جميع تصرفات مدينه الضارة، و أن الضرر الذى تشترطه الدعوى البولصية يكمن في عدم تمكن الدائن من استيفاء حقه[2]، نتيجة تصرفات مفقرة أجراها المدين سواء بزيادة ديونه أى التزاماته، أو بانقاص حقوقه . فالنتيجة واحدة بالنسبة الى الدائنين، و كلا التصرفين يمس حق الدائن .

بقي الآن أن نتساءل من حكم التصرفات التي لا تمس حقا للدائن، و انما تمس أملا له، و تقع هذه التصرفات تحت تسمية التصرفات التي يرفض بها المدين مجرد الاغتناء " Refus de s'enrichir ".

و تتمثل هذه التصرفات في امتناع المدين عن تحسين حالته بتقوية ذمته المالية، و يتحقق ذلك اما بامتناعه عن زيادة حقوقه، أو بامتناعه عن انقاص التزاماته . فهل يجوز للدائنين أن يطعنوا في مثل هذه التصرفات بالدعوى البولصية ؟

يتفق الفقه و القضاء على أن هذا النوع من التصرفات يخرج من نطاق الدعوى البولصية، لأنها تصرفات يرفض بها المدين مجرد الاغتناء[3] . و من ثم تخرج عن نطاق المحافظة على الضمان العام الذى هو علة تقرير الدعوى البولصية . و يعلل الفقه الفرنسي[4] هذه القاعدة التي جاءت من القانون الروماني[5]، و التي احتفظت بكل قيمتها، رغم عدم صياغتها من قبل واضعي القانون المدني[6]، بحجة أنه لا فائدة للدائن تعود عليه من الطعن في مثل هذه التصرفات، اذ لو فرض أنه نجح في الطعن بهذه الدعوى، فسيجد

---

(1) وفقا للقانون الفرنسي، يقتصر الأمر في هذه الحالة على رد أقساط التأمين اذا كانت مبالغا فيها و تتجاوز مقدرة المدين المالية، على أن يقتصر الرد على القدر الزائد عن الحد المعقول، لأن ذلك يعتبر تبرعا منه للغير.
أنظر ذلك : قانون 13 جويلية 1930، مادة 69 .
"بلانيول و ريبير و رادوان " : المرجع السابق، ص. 276 ف. 947 مكرر
"ذ يتي و ربيو" : المرجع السابق، ص. 728 ف. 707 .

(2) يرى André Ponsard في " Jurisclasseur "، السابق الذكر، ف. 41 و 42 "أنه لا يجب التقييد بمفهوم التصرف المفقر الذى ما هو الا اصطلاح وجد لاخراج التصرفات التي يرفض بها المدين مجرد الاغتناء من نطاق الدعوى البولصية، و انما يجب أن ننظر الى عدم تمكن الدائن من استيفاء حقه من أموال مدينه و لو لم يكن هناك افقار.

(3) يقول "السنهوري" في هذا المعنى، أن هذا العمل السلبي من المدين لا يمس الا أملا للدائن ـ نظرية العقد، السابقة الذكر، ص. 795 هامش (1) .

(4) أنظر "بلانيول و ريبير و رادوان " : المرجع السابق، ف. 939 ـ "ريبر و بولانجيه " : المرجع السابق، ف. 1399 ـ "كولان و كابيتان " : المرجع السابق، ص. 781 ف. 1381 .

(5) أنظر "صوفي حسن أبو طالب" : القانون الروماني، السابق الذكر، ص. 81 ـ "عمر ممدوح مصطفى " : القانون الروماني، السابق الذكر، ص. 456 .

(6) قانون الموجبات و العقود اللبناني، هو الوحيد الذى نص صراحة على خروج التصرفات التي يرفض بها المدين الاغتناء من نطاق الدعوى البولصية، فالمادة 278 موجبات لبناني السابقة الذكر، تنص بأن "العقود التي لم يكن المدين الا مهملا الكسب، فلا تنالها دعوى الفسخ " .

نفسه في وضع يستحيل عليه فيه ممارسة الرخصة التي تمنح لمدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة .

و من الأمثلة النادرة التي يمتنع بها المدين عن زيادة حقوقه ، مثل تقليدى يكاد يكون الوحيد ، و هو رفض المدين هبة عرضت عليه . و يرى "جروبيه " ، أن هذه الحالة وحدها تخرج من نطاق الدعوى البولصية[1] . أما ما عداها من التصرفات التي يرفض فيها المدين الاغتناء ، فانما تعتبر تصرفات مفقرة تضر الدائن ، و له أن يطعن فيهما بالدعوى البولصية[2] .

و يرى "ديموج " ، أنه ليس هناك ما يدعو مبدئيا الى اخراج التصرفات التي يرفض بها المدين الاغتناء[3] ، فالذمة المالية تتغير و ينبغي أن يحمي الدائن ضد امتناع المدين عن زيادة ماله من حقوق .

كما أن "أوبري و رو "[4] يقولان بقبول الدعوى البولصية حتى ضد التصرفات التي تتضمن تنازلا من المدين ، و التي يمكن أن يترتب عليها اغتناؤه ، مثل ذلك التنازل عن استعمال حق استرداد المبيع ببيع وفاء " La renonciation à un droit réméré " ، أو التنازل عن حق الخيار[5] . و تلك أمثلة لتصرفات يرفض بها المدين زيادة حقوقه ، و هي نادرة .

أما أمثلة التصرفات التي يمتنع فيها المدين عن انقاص التزاماته ، فمثل اقراره بدين في ذمته ، أو مثل عدم تمسكه بتقادم مسقط مدته سنة ، وفقا لما تنص عليه المادة

---

(1) أنظر "جروبيه " : رسالته السابقة الذكر ، ص 223 .

(2) و هذا ما قضي به في حكمين ، أحدهما صدر من الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسي بتاريخ 1902/07/29 ، و نشر في سيريه سنة 1907 عدد 1 برقم 332 ، و الثاني من نفس الدائرة بتاريخ 1869/04/26 ، و نشر في داللوز سنة 1869 عدد 1 برقم 240 . أشار الى هذين الحكمين "ديموج " ، السابق الذكر ، ص. 458 هامش (4) و كذلك "جروبيه " ، السابق الذكر ص 226 هامش (1) .

(3) أنظر "ديموج " : المرجع السابق ، ص. 458 ف. 1071 ، و من هذا الرأى أيضا "ديمولمب " : المرجع السابق ، ف. 164 .

(4) "أوبري و رو " : السابق الذكر ، ص. 200 .

(5) التنازل في بيع الوفاء عن الحق في طلب الاسترداد " le rachat " ، معناه أن يكون البائع قد باع عينا بثمن بخس تحت وطأة الاضطرار ، و يكون لديه أمل في أن يستطيع رد ما قبضه من ثمن في أجل معين (قدره القانون المدني الفرنسي بخمس سنين) ، ثم يحل الأجل فيعجز عن رد الثمن ، فيتملك المشتري العين بالثمن البخس الذى دفعه . و لما كان بيع الوفاء يتضمن فوائد ربوية ، فقد حرمه القانون المدني الجزائرى في المادة 396 التي تنص على ما يلي : "يكون البيع باطلا اذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في أجل معين " ، بينما أجازه القانون المدني الفرنسي في المواد 1659 - 1673 .

أما التنازل عن حق الخيار " la renonciation à un droit d'option " ، فهو الذى يتم في الوعد بالبيع من جانب واحد ، يتعهد فيه البائع المشترى بأن يبيعه شيئا اذا أراد شراءه في أجل يحدده الواعد و الموعود له ، فاذا اختار المشترى الشراء ، تم البيع (المادة 1589 مدني فرنسي ، المقابلة للمادة 71 مدني جزائري) .

312 مدني جزائري في فقرتها الثالثة : "يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا"(1).

من هذه المادة يتضح لنا أن مضي السنة وحده لا يقضي الدين، بل لابد من يمين المدين، وبالتالي اذا رفض المدين حلف اليمين، وأقر بالدين يكون قد امتنع عن انقاص التزاماته .كما أن دائنيه خلافا لما تقضي به المادة 321 مدني جزائري، التي سنتطرق لها فيما بعد، لا يجوز لهم أن يتمسكوا بالتقادم باسمه، ولا أن يحلفوا اليمين مكانه لتعلق المسألة بأمر شخصي متصل بشخص المدين .

وكذلك من أمثلة التصرفات التي يمتنع بها المدين عن انقاص التزاماته رفضه لابراء من دين عليه، الا أن هذه الصورة مختلف عليها .فالسنهوري(2) يرى في هذا التصرف تصرفا مفقرا يزيد به المدين في التزاماته، وحجته في ذلك أن الدين يعود بالرد بعد انقضائه، وذلك وفقا لمفهوم الابراء في التقنين المصرى الجديد، اذ يتم بارادة الدائن وحدها .وبهذه الارادة ينقضي الالتزام، ولذلك فان رد المدين الابراء يعتبر تصرفا مفقرا من شأنه زيادة التزاماته، ويمكن الطعن فيه بالدعوى البولصية .

أما في القوانين التي يتم فيها الابراء بارادتي الدائن والمدين، كالقانون الفرنسي، واللبناني، فرفض المدين الابراء يعد امتناعا عن انقاص التزاماته، أي رفضا للاغتناء(3) .

---

(1) وتقابل المادة 312م .جزائري في القوانين العربية المواد 373م ومصرى، 375م سورى، 365م .ليبي(وهذه المواد تطابق تماما المادة 312م .جزائري) .أما القانون العراقي في مادته 431ق.م.ع.، فيتفق مع حكم هذه المواد فيما عدا أنه يقرر عدم جواز سماع الدعوى بدلا من سقوط الحق، أنظر في هذا "حسن الذنون" :أحكام الالتزام في القانون العراقي ف. 387و388، ذكره "السنهوري" :الوسيط، ج. 3 : الأوصاف والحوالة والانقضاء، ص. 1042 ف. 608 .

(2) "السنهوري" :الوسيط، ج. 2، السابق الذكر، ص. 1019 هامش (1)، ومن هذا الرأى أيضا "اسماعيل غانم" :المرجع السابق، ص. 172 هامش (1)، قارن مع ذلك "عبد المجيد الحكيم" :أحكام الالتزام، السابق الذكر، ف. 178، حيث لا يتفق مع هذا الرأى وحجته في ذلك أن المدين، اذا رد الابراء، فذمته لا تشغل بدين جديد، بل يبقى الدين القديم على حاله .

(3) أما الابراء في القانون اللبناني المادة 338ق.موجبات لبناني، والقانون الفرنسي (المادة 1382 وما يليها)، فلا يتم الا بايجاب من الدائن وقبول من المدين، وهذا ما كان عليه الابراء في التقنين المصرى السابق، أنظر "السنهوري" :نظرية العقد، ص. 794 ف. 734 .

ونحن نرى في التصرف الذى يرفض به المدين الابراء مجرد تصرف يمتنع به المدين عن انقاص التزاماته ، وحتى لو افترضنا أن الابراء تصرف مفقر يزيد به المدين في التزاماته فانه مع ذلك لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، بحجة أنه حتى لو نجح الدائن في هذا الطعن ، يجب عليه بعد ذلك أن يقبل الابراء باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة، ولا يجوز له ذلك ، لأن القبول هنا مجرد رخصة، لا يجوز للدائن استعمالها باسم مدينه، كما هو الحكم بالضبط بالنسبة الى رفض المدين هبة عرضت عليه، وقد سبق أن رأينا أن هناك اجماعا في الفقه العربي ، والفرنسي على خروجها من نطاق الدعوى البولصية[1].

واستنادا الى هذا الربط ما بين الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ـــ اذ غالبا ما تكون الدعوى البولصية غير مستقلة بذاتها ، ولا تنتج آثارا مفيدة للدائن الا اذا اتبعت بعد النجاح فيها بممارسة الدعوى غير المباشرة ـــ سوف نرى فيما بعد ، أن هناك تصرفات مفقرة للمدين ، ومع ذلك تخرج من نطاق الدعوى البولصية .

وتحملنا هذه النتيجة الى التساؤل عن حكم تنازل المدين عن تركة، أو وصية عرضت عليه: هل يجوز للدائنين أن يطعنوا في هاتين الحالتين بالدعوى البولصية ؟

بالنسبة الى القانون الروماني ، لا يجوز للدائن أن يطعن في تنازل المدين عن تركة، أو وصية عرضت عليه [2] . أما بالنسبة الى القانون الفرنسي الذى سار على تقاليد القانون الروماني في هذه الدعوى ، فانه استثنى هاتين الحالتين، وأجاز الطعن فيهما بالدعوى البولصية، ذلك أن الموصى له يملك الشيء الموصى به في القانون الفرنسي بموجب الوصية[3] . وكذلك الوارث الذى قبل التركة دون تحفظ يملك التركة بحكم القانون [4] .

---

(1) كل المراجع العامة بالعربية أو بالفرنسية المشار اليها في هذا البحث، تتفق على خروج رفض المدين الهبة من نطاق الدعوى البولصية . فعلى "جوويه "، في رسالته السابقة الذكر، ص، 223، يخرج هذه الحالة من نطاق الدعوى، بينما يرى في الحالات الأخرى لرفض الاغتناء تصرفات مفقرة يصح الطعن فيها بالدعوى البولصية ـــ أنظر ما تقدم ، ص، 61 هامش (1) .

(2) أنظر د. ممدوح مصطفى :القانون الروماني ، المرجع السابق، ص، 456 .

(3) أنظر المادة 1/1014 من القانون المدني الفرنسي ، التي تنص على ما يلي :
"Tout legs pur et simple donnera au légataire du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayant cause".

(4) أنظر المادة 1/724 م . فرنسي ، التي تنص على ما يلي :
"Les héritiers légitimes, les héritiers naturels et le conjoint survivant sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession".

و لهذا ، فان رفضه للتركة أو الوصية يعتبر بمثابة تنازل عن شيء مملوك له [1]، هذا من جهة، و من جهة أخرى، فان الدعوى البولصية التي تظهر هنا غير مستقلة بذاتها ، بحيث يجب أن تتبع بالدعوى غير المباشرة ، سوف تنتج آثارا مفيدة للدائن ، اذ يجوز لهذا الأخير بعد أن يطعن في رفض المدين الوصية ، أو الارث أن يقبلهما باسمه . فالقبول في هذه الحالة ، حق يجوز للدائن أن يستعمله باسم المدين ، و هذا ما قضت به المادة 788 [2] مدني فرنسي ، اذ سمحت للدائن بقبول الارث باسم المدين و مكانه .

و يذهب الفقه الفرنسي الى أن خروج القانون الفرنسي في هاتين الحالتين ، عن القانون الروماني ، لا يجب أن يفسر بتغيير مفاجيء في نظرية الدعوى البولصية ، و انما يدل فقط ، على أن القواعد المتعلقة بالتركات هي التي تغيرت [3] .

و يوضح لنا "ديمولمب" [4] ذلك بقوله "أنه وفقا للقانون الروماني ، لا يكتسب الوارث التركة ، الا بعد القبول ، فقبول الميراث يكتسب الوارث ملكية التركة ، و لذلك فان رفضه للميراث لا ينقص من حقوقه ، بل يمنع من زيادتها ، فلا يجوز للدائن أن يطعن فيها بالدعوى البولصية ، بينما الوارث في القانون المدني الفرنسي ، تعتبر التركة حقا مكتسبا له قبل قبوله ، و على هذا ، فان الوارث في هذا القانون ، يرث تحت شرط فاسخ ، و يكون تنازله عن الميراث انقاصا لحقوقه " .

هذا بالنسبة الى القانون الروماني و القانون الفرنسي ، أما فيما يخص قوانيننا ، فنطبق حكم الشريعة الاسلامية [5] ، التي تتفق مع أحكام القانون الفرنسي . فقبول الوارث عن ميراثه ، و الموصى له عن الوصية ، يعتبر من التصرفات المفقرة التي ينقص بها المدين من حقوقه ، و يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية [6] .

---

(1) أنظر "بلانيول و ريبير و ردوان " : المرجع السابق ، ص ، 272 ف ، 942 ـ "ريبير و بولانجيه " : المرجع السابق ، ص ، 526 ف ، 1401 ـ "مارتي و رينو" : السابق الذكر ص ، 726 ف ، 704 ـ "ديموج " : المرجع السابق ، ص ، 459 ف ، 1072 .

(2) أنظر نص المادة 788 م ، فرنسي ، ص ، 26 هامش (1) من هذا البحث .

(3) أنظر "بلانيول و ريبير و بولانجيه " : السابق الذكر ص ، 526 رقم 1401 ـ "ديموج " : المرجع السابق ، ص ، 459 ف ، 1072 ـ "مارتي و رينو" : السابق الذكر ص ، 726 ف ، 704 ـ "بلانيول و ريبير و ردوان" : السابق الذكر ص ، 272 ف ، 942 .

(4) "ديمولمب" : المرجع السابق ، ص ، 166 ف ، 65 ـ قارن مع ذلك "جروبيه " ، حيث ينتقد ذلك بقوله أن القانون الروماني لم يعرف الدعوى غير المباشرة ، و يشير في رسالته الى " Labbé "في أصل الدعوى غير المباشرة ، مجلة انتقادية 1856 ، جزء IX ، ص ، 208 ، و ما يليها . أنظر في ذلك "جروبيه " رسالته السابقة الذكر ص ، 225 هامش (1) .

(5) "السنهوري" : الوسيط ، ج ، 2 ، ص ، 1012 هامش (1) .

(6) يقول "اسماعيل غانم " في مرجعه السابق الذكر ص ، 173 هامش (2) "لأن في هذا يختلف رد الوصية عن رفض قبول الهبة ، فالوصية تنعقد بارادة الموصي وحدها و ينتقل المال الموصى به بمجرد وفاته الى الموصى له دون حاجة الى قبوله ، فاذا رد الموصى له الوصية ، كان ذلك تصرفا مفقرا ، فقد ترتب عليه انقاص حقوقه ، أما الهبة فهي لا تنعقد الا بقبول الموهوب له ، و لذلك فاذا رفض الايجاب الموجه اليه ، لم يكن ذلك تصرفا مفقرا ، اذ هو لا ينقص حقا ثابتا له ، و انما هو يقتصر على الامتناع عن زيادة حقوقه " .

و هكذا ، اذا كنا قد رأينا ، كقاعدة عامة ، أن التصرفات التي يرفض بها المدين مجرد الاغتناء تخرج من نطاق الدعوى البولصية مع اختلاف الفقه الفرنسي في هذه المسألة . فاننا نجد القوانين قد استثنت بنص صريح حالة يمتنع فيها المدين عن انقاص التزاماته ، أو زيادة حقوقه ، و هي النزول عن التقادم المسقط أو المكسب ، و أجازت الطعن فيها بالدعوى البولصية .

و قد كان مقتضى ما قدمناه من عدم جواز الطعن في التصرفات التي يرفض بها المدين الاغتناء ، أنه لا يجوز الطعن في هذه الحالة ، لأن المدين لا يكسب الحق ، و لا يسقط الالتزام الا اذا تمسك بالتقادم . فاذا رفض التمسك به ، فلا يكون قد انقص حقوقه أو زاد في التزاماته ، بل يكون قد امتنع عن انقاص التزاماته أو عن زيادة حقوقه ، أى يرفض مجرد الاغتناء ، غير أننا نجد المادة 2/322 م . جزائرى[1] تقضي بما يلي : "و انما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه ، أن يتنازل و لو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين اذا صدر اضرارا بهم" .

أما فيما يتعلق بالتقادم المكسب فان المادة 832[2] م . جزائرى تقضي بتطبيق نفس الحكم الموجود بالمادة 2/322 م . جزائرى .

و كما أجازت القوانين استثناء الطعن بالدعوى البولصية في هذه الحالة ، رغم أنها ليست بتصرف مفقر ، أعطت في نفس الوقت الحق للدائن في التمسك بهذا التقادم ، سواء كان مكسبا أو مسقطا بالنيابة عن مدينه[3] استثناء من قاعدة عدم جواز استعمال الدائن للمدين من رخص ، اذ الراجح أن التمسك بالتقادم رخصة لا حق .

---

(1) يقابل المادة 2/322 م . جزائرى في القوانين الأخرى ، المواد 2/388 م . مصرى - 2/385 م . سورى - 2/375 م . ليبي - 443 م . عراقي - 346 موجبات لبناني - و المادة 2225 م . فرنسي . و ما نلاحظه في هذه المواد ، أنها لم تشترط غش المدين و ذلك لأن النزول عن التقادم بعد تمامه يعتبر تبرعا ، و لا يشترط الغش في التبرعات وفقا لقوانيننا كما سنرى .

(2) تنص المادة 832 م . جزائرى على ما يلي : "تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة و وقف التقادم و انقطاعه و التمسك به أمام القضاء و التنازل عنه و الاتفاق على تعديل المدة ... الخ" .
و يقابل هذه المادة في القوانين العربية المواد 973 م . مصرى - 922 م . سورى - 977 م . ليبي - و 1162 م . عراقي ، و لا مقابل لذلك في قانون الملكية العقارية اللبناني - أنظر "السنهورى" : الوسيط ، ج . التاسع : أسباب كسب الملكية ، ص . 985 ف . 366 .

(3) تنص المادة 321 م . جزائرى : "لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين ، أو من أحد دائنيه ، أو أى شخص له مصلحة فيه و لو لم يتمسك المدين به" .
و تقابل هذه المادة المواد 387 م . مصرى - 2/384 م . سورى - 374 م . ليبي - 442 م . عراقي - و 347 موجبات لبناني .

أما القانون المدني الفرنسي، فقد أورد نصا عاما في هذا الموضوع، هو نص المادة 2225[1]، وهو النص الوحيد في التقادم، وقد أجاز فيه للدائن أن يطعن في تنازل المدين عن التمسك بالتقادم المكسب أو المسقط ،

وقد تشعبت المذاهب الفقهية في تفسير هذا النص[2]، فذهب البعض الى قصره على الدعوى غير المباشرة، في حين ذهب البعض الآخر الى أنه يشمل الدعوى غير المباشرة ، والدعوى البولصية .

والراجح أن نص المادة 2225، قد سمح به القانون الفرنسي للدائن أن يطعن في تنازل المدين الذى يمتنع غشا عن التمسك بالتقادم المسقط أو المكسب اضرارا بحقوقه[3].

ويرى "مازو"[4] أن الاستثناء الوارد بالمادة 2225 م . فرنسي، يماثل الحالة التي يتخلى فيها المدين عن حق له .

ويلاحظ "مارتي وريلو"[5]، أنه ليس من المؤكد أن تكون دعوى الدائن في هذه الحالة دعوى بولصية حقيقية، مستندين في ذلك الى أن الأحكام لا تربط دائما الدعوى . هنا بالدعوى البولصية[6] .

---

(1) نص المادة 2225 م . فرنسي، وهي الوحيدة بصدد التقادم، على ما يلي :
"Les créanciers, ou toute autre personne ayant intéret à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce".

(2) أنظر في هذا الخلاف "السنهوري" : الوسيط، ج . 3 : الأوصاف الحوالة الانقضاء، ص. 1150 هامش (1) .

(3) أنظر "كولان وكابيتان" : المرجع السابق، ص. 782 ف. 1391 ـ "بلانيول وريبير وردوان" : المرجع السابق، ف. 941 ـ "ويل وتيرى" : المرجع السابق، ص. 928 ف. 2/871 .

(4) أنظر "مازو" : المرجع السابق، ص. 1029 ف. 991 .

(5) "مارتي وريلو" : المرجع السابق، ص. 727 ف. 704 .

(6) أنظر حكمين لمحكمة النقض الفرنسية، صدر أحدهما في 1859/12/21، ونشر في سيريه سنة 1860 عدد 1 برقم 195 ـ والآخر في 1912/07/23، ونشر في داللوز سنة 1914 عدد 1 برقم 30 .

ويرى "جروبيه" في رسالته السابقة الذكر، ص. 229، أن صيغة المادة 2225 م . فرنسي تتفق مع الذين يرون فيها اشارة الى الدعوى غير المباشرة، وليس الى الدعوى البولصية، وبالاضافة الى ذلك، فان هذا النص يتكلم عن كل من لهم مصلحة، فالدائنون لم يرد ذكرهم الا بجانب أشخاص أخرى لها مصلحة .

و يلاحظ "السنهوري" أن الذي أورث حكم المادة 2225 م فرنسي ، كل هذا الغموض أن التقنين المدني الفرنسي جمع الدعويين ، الدعوى البولصية ، و الدعوى غير المباشرة في نص واحد ، حتى يتم للدائن الاستفادة من اللذان سبق أن رأينا أن قوانيننا قد فصلت بصدد هما الدعويين بوضعها نصا خاصا بالدعوى غير المباشرة ، و نصا آخر بالدعوى البولصية[1] ، و حسنا فعلت قوانيننا ، اذ تفادت بذلك الغموض و الخلاف الموجودين في القانون المدني الفرنسي في هذه المسألة .

و هكذا ننتهي الى القول بأن القوانين قد استثنت بنصوص صريحة التصرف الذي يمتنع به المدين عن التمسك بالتقادم لكسب حق ، أو لاسقاط التزام ، مع أن ذلك يعتبر مجرد تصرف يرفض به المدين الاغتناء بامتناعه عن انقاص التزاماته ، أو عن زيادة حقوقه .

و يحملنا ذلك على التساؤل عن مدى امكان الطعن بالدعوى البولصية في باقي التنازلات الأخرى ، و قبل أن نتناول ذلك ، يحسن بنا أن نحدد ما المقصود بالتنازل ؟

اذا أخذنا التنازل بمفهومه الواسع ، فهو يكون في جميع الحالات التي يتخلى فيها الشخص اراديا عن حق له .

أما التنازل بمعناه الضيق ، فلا يكون الا اذا كان المتنازل يمارس حق خيار قانوني أو تعاقدي .

و لكن ما المقصود بالتنازل في مجال الدعوى البولصية ؟

يرى "جروبيه" أنه "يقصد بلفظ التنازل في الدعوى البولصية ، كل تنازل بدون مقابل لا يشكل هبة حقيقية ، و لا هبة مستترة"[2] .

و بعد أن حددنا المقصود بالتنازل ، نتساءل عن مدى جواز الطعن فيه بالدعوى البولصية ؟

يتجه رأي الى أن التصرفات التنازلية "Les actes abdicatifs" تخضع لنظام خاص فيما يتعلق بالدعوى البولصية ، و أنه يمكن الطعن في هذه التصرفات ، و لو لم تكن مفقرة للمدين[3] .

و يذهب رأي آخر الى أن كل تنازل ، بسبب طابعه التنازلي ، يؤدي الى اخراج حق من ذمة المتنازل ، و يشكل أساسا تصرفا مفقرا ، و لو لم يظهر ضياع القيمة حالا . و وفقا لهذا الرأي ، فان الاجازة الصادرة من المدين لتصحيح عقد باطل ، و التي تعتبر تنازلا

(1) "السنهوري" : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 3 ، ص 1150 هامش (1) .

(2) "جروبيه" : رسالته السابقة الذكر ، ص 233 .

(3) أنظر "سيلان" : "Seillan":L'acte abdicatif, rev. trim. droit civ., 1966, N°51, p.686 à 735, spécialement p:726.

وردت الاشارة الى هذه المجلة في جيريسركاسير : السابق الذكر ، ف 46 .

عن دعوى البطلان يمكن الطعن فيها بالدعوى البولصية[1] .

و على ضوء ما تقدم، نرى أن كل التصرفات التي يمتنع بها المدين عن تقوية ضمان الدائن، هي مجرد أعمال سلبية من المدين يمتنع بها عن تحسين حالته، و هذه لا تمس الا أملا للدائن، و على ذلك لا يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية التي أنشئت لمحاربة الأعمال الايجابية من طرف المدين، و التي تمس حق الدائن .

أما فيما يتعلق بالتنازل عن الميراث أو الوصية، أو التمسك بالتقادم، فاننا في رأينا، لا تعتبر مجرد تصرفات امتنع بها المدين عن تحسين حالته، بل نعتبر تنازل المدين عنها في حكم التبرع، و بالتالي يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية دون حاجة لاثبات غش المدين، و لا من تنازل له المدين، بالنسبة الى قواعدها .

هذا، و قد سبق أن رأينا، أن الدعوى البولصية لا تنتج أحيانا آثارا مفيدة، اذا كان النجاح فيها يتطلب من الدائن، بعد ذلك، ممارسة الدعوى غير المباشرة، و أن هذه الأخيرة تكون مستحيلة في كل الحالات التي تتعلق بممارسة حق متصل بشخص المدين .

و على هذا الأساس، نلاحظ أن الدعوى البولصية تتشكل من قاعدة عامة و من استثناء .

و تتمثل القاعدة العامة في أن الدائن يستطيع أن يطعن في كافة تصرفات مدينه المفقرة، و يرد على هذه القاعدة استثناء هام، و هو أن هناك تصرفات مفقرة للمدين، و مع ذلك لا يستطيع الدائن أن يطعن فيها بالدعوى البولصية على أساس وجود علاقة واضحة ما بين الدعويين : الدعوى غير المباشرة، و الدعوى البولصية، اما لأن هذه التصرفات ترد على حقوق تستعصي طبيعتها على أن يستعملها الدائن باسم مدينه، و تأبى الا بقاء الحق لصاحبه الأصلي، و اما أن هذه التصرفات ترد على أموال غير قابلة للحجز، مما يجعلها غير قابلة للتنفيذ عليها . ففي كلتا الحالتين تنعدم فائدة الدعوى البولصية بالنسبة الى الدائن، اذ "لا دعوى بدون مصلحة"، و ندرس هاتين الحالتين على التوالي :

---

(1) أنظر "كوتيريه" : "Couturier":La confirmation des actes nuls ,1972 N° 59 , P. 42 .

وردت الاشارة الى ذلك في جيريس كلاسير : السابق الذكر، ف. 46 .

الفرع الأول

الاستثناء الخاص بالتصرفات المتعلقة بشخص المدين .

يتفق الفقه المصري [1]، و الفرنسي [2]، على خروج التصرفات المفقرة من نطاق الدعوى البولصية، كلما كان الطعن في مثل هذه التصرفات بالدعوى البولصية، لا يؤدي الا الى ضرورة استعمال الدائن لحق متصل بشخص مدينه . و هناك مثال متفق عليه يوضح ذلك : مدين واهب و الموهوب له أنكر الجميل بسبب الجحود ، و لكنه يتنازل عن هذا الحق غشا ، و اضرارا بدائنيه ، فهل يحق لهؤلاء الدائنين أن يطعنوا في هذا التنازل ؟

يجيب الفقه [3] بالنفي ، و حجته في ذلك أنه لا فائدة من الطعن في هذا التنازل ، اذ يفرض أن الدائن قد نجح في طعنه بالدعوى البولصية، و عاد للواهب حقه في الرجوع في الهبة ، فان الدائن لا يستطيع أن يستعمل هذا الحق باسم المدين ، لأنه متصل بشخصه .

لكن اذا كان اجماع الفقه يكاد يكون منعقدا على خروج الحالة السابقة من نطاق الدعوى البولصية، على أساس وجود علاقة وثيقة بين الدعوى غير المباشرة ، و الدعوى البولصية، فان الفقه الفرنسي قد اختلف حول مدى اخراج جميع الحالات التي تفلت من نطاق الدعوى غير المباشرة لا تصالها بحقوق شخصية، و تخرج بالتالي من نطاق الدعوى البولصية .

اتجه جانب من الفقه الفرنسي [4]، الى أنه لا يمكن ممارسة الدعوى البولصية ضد التصرفات التي تتعلق بشخص المدين ، و أن التحفظ الموجود في الدعوى غير المباشرة يجب أن يمتد الى الدعوى البولصية على أساس وجود علاقة واضحة و وثيقة بين المادتين 1166 م . فرنسي (التي تتعلق بالدعوى غير المباشرة) ، و المادة 1167 (التي تتعلق بموضوع الدعوى البولصية) .

---

(1) أنظر "السنهوري" الوسيط ج 2 ، السابق الذكر ص 1020 ف 580 - "عبد المنعم البدراوي" المرجع السابق ص 54 - "أنور سلطان" المرجع السابق ص 38 ف 40 - "عبد المجيد الحكيم" المرجع السابق ص 104 ف 177 .

(2) أنظر "بلانيول و ريبير و بولانجيه" المرجع السابق ص 375 ف 945 - "ريبير و بولانجيه" المرجع السابق ص 929 ف 1409 - "كولان و كابيتان" المرجع السابق ص 777 ف 1370 - "بيدان و فوجيه" المرجع السابق ص 924 ف 867 - "بوليب" المرجع السابق ف 359 .

(3) أنظر "جوجيو" المقالة السابقة الذكر ص 172 ف 92 - و جميع الفقهاء المشار اليهم في الهامش .

(4) أنظر "أوبري و رو" المرجع السابق ص 196 بند و ملاحظة رقم 5 - "كولان و كابيتان" المرجع السابق ص 777 ف 1370 - و أنظر أيضا "بودري و بارد" السابق الذكر ف 692 حيث تمت الاشارة الى هذا الأخير في جدول الاسهم رقم 65 .

بينما اتجه جانب كبير من الفقه الحديث[1] الى رأى مخالف لذلك ، و رأى أن الدعوى البولصية لا تنطبق عليها الاستثناءات الواردة على الدعوى غير المباشرة و حجة هذا الرأى أن الدعوى البولصية تهدف الى محاربة الغش في حين أن الدعوى غير المباشرة تهدف الى محاربة الاهمال . و يقول "ديموج" ، في هذا الصدد أن "ما يؤخذ بعين الاعتبار أن الغش أخطر من الاهمال "[2] . أما "بلانيول و ريبير" ، فيقولان "بأن الدعوى البولصية التي تتدخل في حالات أكثر خطرا ، ما دامت تتطلب غشا ايجابيا من المدين ، تفلت من القيود التي ترد على الدعوى غير المباشرة التي شرعت ضد مجرد الاهمال"[3].

و يذهب "جروبيه "[4] الى نفس الرأى ، و يجد في مقابلة المادتين 1446 ، و 1447[5] مدني فرنسي ، سندا قانونيا هاما ، يوضح به كيف أن الدعوى البولصية تقبل بسهولة بعكس الدعوى غير المباشرة في الحالات التي يتصل فيها الحق بشخص المدين .

و الظاهر أن القضاء الفرنسي الحديث يبدى تأييده لهذا الاتجاه ، اذ عرضت قضية على محكمة النقض الفرنسية تتعلق بحق ذى طابع شخصي محض ، فأصدرت فيها حكما في 1902[6] قضت فيه : "Si un droit est attaché à la personne du débiteur, il ne s'ensuit pas que l'exercice ne puisse etre critiqué comme frauduleux."

---

(1) أنظر "بلانيول و ريبير و ردوان" : المرجع السابق ، ص 275 ف 947 - "مارتي و رينو" : المرجع السابق ، ص 730 ف 706 - "ستارك" : المرجع السابق ، ف 2597 - "مازو" : المرجع السابق ، ف 983 - "ديموج" : المرجع السابق ، ص 446 ف 1064 - "جروبيه" رسالته السابقة الذكر ، ص 154 .

(2) "ديموج" : المرجع السابق ، ص 446 ف 1064 .

(3) "بلانيول و ريبير و ردوان" : المرجع السابق ، ص 275 ف 947 - و من نفس المعنى : "مارتي و رينو" : المرجع السابق ، ص 730 ف 706 .

(4) "جروبيه" : رسالته السابقة ، ص 163 ف 88 .

(5) تنص المادة 1446 م . فرنسي : "Les créanciers d'un époux ne peuvent demander de son chef la séparation de biens"

أما المادة 1447 م . فرنسي ، فتنص على ما يلي : "...Si la séparation a été prononcée en fraude de leurs droits, ils peuvent se pourvoir contre elle par voie de tierce opposition, dans les conditions prévues au code de procédure civil".

و نلاحظ هنا أن الدعوى البولصية الممنوحة للدائن تتخذ شكلا خاصا ، و هو الطعن في الحكم بواسطة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة . راجع في هذه الحالة الخاصة للدعوى البولصية ، ص 53 من بحثنا هذا .

(6) نقض فرنسي في 29 جويلية 1902 ، نشر في داللوز سنة 1903 عدد 1 برقم 333 - و في سيريه 1907 عدد 1 برقم 332 ، وردت الاشارة الى ذلك في مرجع "ديموج" السابق الذكر ، ص 447 هامش (1) .

ومما كان الخلاف قائما حول مدى الاستثناء الوارد على الدعوى غير المباشرة[1] فيما يخص الحقوق المتصلة بشخص المدين الى الدعوى البولصية فانه نرى عدم جدوى هذه الأخيرة كلما كان الطعن بها لا يؤدي الا الى ضرورة استعمال الدائن لحق متصل بشخص المدين اذ يستحيل على الدائن أن يستعمل هذا الحق باسم المدين لأنه متصل بشخصه[2]، ولذا نرى من الضروري مد هذا الاستثناء وتخرج بذلك من نطاق الدعوى البولصية كل الحقوق التي تخرج من نطاق الدعوى غير المباشرة، مع علمنا بأن الدعوى البولصية تتميز عن الدعوى غير المباشرة بما لها من خطورة .

الفرع الثاني

الاستثناء الخاص بالتصرفات الواردة على حقوق غير قابلة للحجز ،

كما هو معلوم، فان الدعوى البولصية كالدعوى غير المباشرة كلتاهما تحرج المبدأ العام، وهو أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ، وكلتاهما أداة لحماية الدائنين ، وان كانتا تختلفان من حيث الهدف[3] .

وبما أن الحقوق غير القابلة للحجز لا يشملها الضمان العام، فان الدائنين لا يستطيع أن يطعن في كل تصرف للمدين يرد على حق لا يجوز الحجز عليه ، كالمرتبات والنفقة، والملكية الزراعية الصغيرة[4]، لانعدام مصلحة الدائن التي تبرر الطعن اذ "لا دعوى بدون مصلحة" .

وهناك اجماع في الفقه على أن التصرفات الواردة على الحقوق التي يقضي القانون بعدم جواز الحجز عليها، تخرج من نطاق الدعوى البولصية[5] ، والحقوق

(1) تنص المادة 189 م ، جزائري على ما يلي : "لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، الا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز " .

(2) أنظر "السنهوري" : نظرية العقد ، ص، 792 ف، 733 ، وهو يرى أنه "يجوز الطعن في اعتراف المدين ببنوة ولد ليس له حتى تجب عليه النفقة اضرارا بالدائن " .

(3) أنظر تمييز الدعوى البولصية عن الدعوى غير المباشرة ص، من 188 الى 192 .

(4) استئناف مختلط 28 ديسمبر 1904م 17 ص، 47 ـ 10 مايو سنة 1927م 39 ، ص، 459 ـ بني سويف الكلية 23 مايو سنة 1900 المجموعة الرسمية 2 ، ص، 31 ـ بني سويف الجزئية أول يوليو سنة 1903 المجموعة الرسمية 5 رقم 77 ـ وردت الاشارة الى ذلك في كتاب "السنهوري" ، الوسيط ج، 2 ، ص، 1021 ف، 581 ،

(5) أنظر "ديموج" : المرجع السابق، ص، 448 ف، 1064 ـ "بلانيول وريبير وردوان" : المرجع السابق، ص، 274 ف، 946 ـ "جروبيه" : رسالته السابقة الذكر، ص، 155 ، ف، 85 ـ وجميع الفقه الفرنسي والعربي المشار اليهم في هذا البحث متفقين على ذلك .

غير قابلة للحجز، منها ما نص عليه قانون الاجراءات المدنية[1]، و منها ما يرجع إلى القواعد العامة، كقاعدة أن "كل ما لا يجوز التصرف فيه، لا يجوز حجزه"[2]. وكذا الأموال التي نص القانون على عدم جواز النزول عنها للغير، كحق الاستعمال و حق السكنى[3]، اذ أن لهما طابعا شخصيا تستدعي طبيعته على أن يستعملهما الدائن باسم مدينه، مما يجعلهما غير قابلين للتنفيذ عليهما. و نتيجة لذلك، تفقد الدعوى البولصية الأساس الذي بنيت عليه، و المصلحة التي أعطيت من أجلها، و يستنتج ذلك أن الدائن لا يستطيع أن يطعن في تصرفات مدينه التي تنصب على مثل هذه الحقوق بالدعوى غير المباشرة لعدم جدواهما.

و من هنا، نرى أنه اذا كان الاستثناء الوارد على الدعوى غير المباشرة، و المتعلق بالحقوق المتصلة بشخص المدين قد أثار خلافا حول مده، و عدم مده الى نطاق الدعوى البولصية، فان الاستثناء المتعلق بالتصرفات التي ترد على أموال غير قابلة للحجز، لا يثير أي خلاف حول مده الى نطاق الدعوى البولصية. و يستخلص ذلك من قواعد الدعـــوى البولصية ذاتها. فاذا رجعنا الى المادة 191 مدني جزائري، التي تشترط لنجاح الدعوى البولصية، أن يكون هناك تصرف ضار بالدائن ـ ولكي يتحقق ذلك، لا بد من وجود علاقة سببية مستقلة بين التصرف المطعون فيه، و اعسار المدين، أو زيادة اعساره. و كما سنرى عند دراسة شرط الاعسار، أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار في تقدير عسر المدين أو يسـره الأموال غير القابلة للحجز ـ فان التصرفات الواردة علـى هذه الأموال، لا تسبب ضررا للدائن، لأنها تخرج من نطاق المحافظة على الضمان العام الذي تقررت من أجلـه الدعوى البولصية.

غير أن هناك أموالا، لا يجوز الحجز عليها، و لكنها تنتج غلة يجوز الحجز عليها. فما الحكم بالنسبة الى تصرف المدين الذي ينصب على الثمار و المنتوجات القابلة للحجز؟

يتفق الفقه على أن الدائن يستطيع أن يطعن في هذا التصرف، فلا يسري عليه بقدر ما له في ذلك من مصلحة. و من أمثلة ذلك في القانون المدني المصري، الملكيـة الزراعية التي لا تزيد على خمسة الأفدنة لا يجوز الحجز عليها، و لكنها تنتج ريعا يجـوز للدائن أن ينفذ عليه بحقه. فاذا قام المدين ببيع خمسة الأفدنة، جاز للدائن الطعن في هذا التصرف.

---

(1) أنظر المادة 368 و 378 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري.

(2) أنظر "د. محمد حسين": طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 1982، ص. من 35 الى 36.

(3) تنص المادة 856 م. جزائري: "لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال و حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي".

بالدعوى البولصية، فلا يسري عليه بقدر غلة الأرض [1].

و يرى "جروبيه "، أن تصرفات المدين في أمواله غير القابلة للحجز، و التي يفترض أنها تمت بنية الاضرار بالدائنين لحرمانهم من ثمار هذه الأموال، يجوز للدائنين أن يطعنوا فيها بالدعوى البولصية [2].

و بهذا، نخلص الى نتيجة هامة، وهي أن جميع تصرفات المدين التي تنصب على أموال مثمرة، و غير قابلة للحجز، و لكن غلتها قابلة للحجز، يجوز لدائني المدين أن يطعنوا فيها بالدعوى البولصية بالقدر الذى يضر بحقوقهم. و بالتالي، فان الاستثناء الوارد بالمادة 189 مدني جزائرى، و المتعلق بالأموال غير القابلة للحجز، لا يجد تطبيقا كليا في نطاق الدعوى البولصية، الا اذا كان تصرف المدين ينصب على مال غير مثمر.

و على ضوء ما تقدم، نخلص الى القول بأن شرط أن يكون التصرف المطعون فيه مفقرا، حتى يجوز للدائن أن يمارس الدعوى البولصية، قد يصطدم أحيانا بحالات تجعل منه شرطا عديم الفائدة، و هذه الحالات ترجع اما الى كون التصرف ينصب على حق تستعصي طبيعته على أن يستعمله الدائن باسم مدينه، و اما الى أن هذا التصرف ينصب على مال غير قابل للحجز.

هذا، و يوجد نوع آخر من التصرفات المفقرة، و مع ذلك، اعتبرت اما من طرف كل الفقه، و اما من جانب منه مستثناة بطبيعتها من نطاق الدعوى البولصية، أو تخضع في ممارستها لشروط مقيدة، غير أن القوانين العربية، و منها قانوننا المدني الجزائرى، أحسنت صنعا حين حسمت الأمر فيها بنصوص صريحة.

و تتمثل هذه التصرفات في صورتين من صور التصرفات الضارة بالدائن، و هما الوفاء لأحد الدائنين دون غيره، أو تفضيله دون حق.

و نظرا لأهمية هذين التصرفين، ندرسهما في فرع ثالث من حيث مدى جواز الطعن فيهما بالدعوى البولصية.

الفرع الثالث

مدى جواز الطعن في الوفاء لأحد الدائنين دون غيره أو تفضيله دون حق.

تطرح مشكلة هذه التصرفات في الفرض الآتي، وهي أنه كثيرا ما يلجأ المدين سيء النية الى استعمال طرق مشروعة تتمثل في تصرفات تحسن من وضع أحد دائنيه، بهدف الاضرار بالدائنين الآخرين، كأن يقوم المدين بالوفاء لأحد الدائنين بحقه قبل غيره، أو يبرم لفائدة هذا الدائن رهنا رسميا، أو رهنا حيازيا لضمان الدين القديم الذى

(1) أنظر "السنهوري ": الوسيط، ج 2، ص 1021 ف. 530 - و في نفس المعنى، أيضا، "بلانيول و ريبر و ردوان ": المرجع السابق، ص 274 ف. 946 - "جروبيه ": رسالته السابقة الذكر، ص 156 ف. 85.

(2) "جروبيه ": رسالته السابقة الذكر، ص 157 ف. 85.

لم يكن الا دينا عاديا ، وكثيرا ما تحدث هذه الأمور في الحياة العملية، خاصة اذا وجد المدين نفسه يتعامل مع أقاربه ، ومما لا شك فيه ، فان هذه التصرفات من شأنها اضعاف الضمان للدائنين .

و قد أثارت هذه التصرفات جدلا حادا في الفقه و القضاء الفرنسيين من حيث مدى جواز الطعن فيها بالدعوى البولصية ، أو عدم جوازه من طرف الدائنين الآخرين ، و نستعرض هذين التصرفين بشيء من التفصيل .

أولا : الوفاء و الوفاء بمقابل .

أن الوفاء الحاصل من المدين لأحد دائنيه قد كان محل خلاف في التقنين المدني المصري السابق[1] ، و لا يزال حتى الآن في الفقه و القضاء الفرنسيين اللذين يفرقان بين ما اذا كان الوفاء قد تم لدين مستحق الأداء أو دين لم يحل أجله بعد .

و يجري هذا الخلاف في القانون الفرنسي في اتجاهين يتفقان في مبدأ أن كل وفاء لدين مستحق الأداء صحيح و غير قابل للطعن فيه بالدعوى البولصية، أما الوفاء بدين غير مستحق الأداء ، فيخضع للدعوى البولصية . و يختلفان فيما يتعلق بالوفاء بدين مستحق الأداء اذا كان مشوبا بالغش ، و حتى نتمكن من عرض هذا الخلاف و موقف القوانين العربية و القانون المدني الجزائري من ذلك ، يحسن بنا أن نفرق بين وفاء المدين بدين مستحق الأداء ، و وفائه بدين غير مستحق الأداء .

فبالنسبة الى وفاء المدين لأحد دائنيه بحقه المستحق الأداء ، يكاد ينعقد اجماع الفقه على أن مثل هذا الوفاء صحيح ، و يخرج بصورة مطلقة من نطاق الدعوى البولصية ، بسبب الطابع الضروري للوفاء[2] ، فالوفاء ، تصرف ضروري لا يتصور فيه الغش من جانب المدين بسبب الضرورة التي يجد المدين نفسه أمامها ، فالمدين لا يستطيع أن يتملص من تنفيذ التزامه الذي يتمثل في الوفاء بدين مستحق الأداء ، فهو ان وفى ، لم يكن قد قام الا بتنفيذ واجبه ، كما أن الدائن الذي يستوفي حقه يتسلم الوفاء المشروع .

---

(1) أنظر "السنهوري" : نظرية العقد ، ص 804 هامش (1) .

(2) أنظر "أوبري و رو" : المرجع السابق ، ص 209 - "ديموج" : المرجع السابق ، ص 448 ف 1065 - "بلانيول و ريبير و رادوان" : المرجع السابق ، ص 277 ف 948 - "بيدان و تيري" : المرجع السابق ، ص 925 ف 869 / 3 - "جوسران" : رسالته السابقة الذكر ، ص 208 ف 212 - "مارتي و رينو" : المرجع السابق ، ص 727 ف 706 - "كولمبيه"

"Colombet" : revue trim., dr. civ. 1965 , de la règle que l'action pau--lienne n'est pas reçue contre les paiements, p.8 .

و حتى لو فرضنا أن المدين أراد بوفائه لأحد دائنيه تفضيله على الآخرين للاضرار بهم، و أن الدائن يعلم بسوء نية مدينه، فان عمله هذا يعتبر بدليل على أنه متواطيء، فكلاهما الدائن و المدين، كما قالت محكمة النقض الفرنسية يسعى الى تحقيق عمل مشروع[1] .

و من الحجج الأساسية التي يستند اليها الرأى السائد لتبرير عدم جواز الطعن في الوفاء بدين مستحق الأداء .

حجة أولى: مستمدة من تقاليد القانون الروماني الذى كان يرى أن الوفاء بدين مستحق الأداء تصرف قانوني لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية[2] .

و حجة ثانية: و هي حجة قانونية ناتجة عن انعدام تنظيم الاعسار في القانون المدني الفرنسي على مثل الافلاس التجاري الذى يقوم على أسس أصلب من قواعد الدعوى البولصية، اذ أن المدين التاجر المفلس لا يمكنه أن يخل بالمساواة بين الدائنين، فيوفي أحدهم قبل الآخرين، كما أنه نظام تتحدم فيه الاجراءات الفردية، و كل وفاء يتم من طرف المدين أثناء فترة الريبة " La période suspecte " و هي الفترة التي تنطوي فيها أعمال المدين التاجر، و تسبق شهر افلاسه تكون باطلة وجوبا أو جوازا بواسطة الدعوى التي يباشرها السنديك الذى يمثل جميع الدائنين . و يقول "كولمبي" في هذا الصدد : "أن القانون التجاري يعرف هو الآخر دعوى بولصية مدعمة"[3] .

و استنادا الى ما تقدم، يتفق الفقه الفرنسي على عدم جواز الطعن بالدعوى البولصية في الوفاء بدين مستحق الأداء في مجال القانون المدني، اذ المدين لا تغل يده عن التصرف في أمواله، فهو يستطيع أن يديرها كما يشاء، اذ ليس هناك مبدأ قانوني يلزمه بمعاملة مدينيه بالتساوي، كما أن من حق كل دائن السعي شخصيا على مصالحه للحصول على حقه، اذ لا يوجد في القانون المدني أى اجراء جماعي للوفاء، و لهذا يقال أن الوفاء جائزة السبق " Le paiement est le prix de la course "[4]، لمن يعلم من الدائنين باضطراب أحوال المدين، و يبادر الى التنفيذ على أمواله، فيستوفي حقه كاملا .

---

(1) نقض فرنسي 3 مارس 1869، نشر في داللوز الدوري 1869 عدد 1 ص 200 - و في سيريه 1869 عدد 1 ص 149، و وردت الاشارة الى ذلك في مرجع "بلانيول و ريبير و ردوان" : المرجع السابق، ص 277 هامش (2) .

(2) أنظر "صوفي حسن أبو طالب" : القانون الروماني، ص 85 .

(3) أنظر "كولمبي" : محاضرته السابقة الذكر، ص 5 .

بينما يرى "ريبير و بولانجيه" : المرجع السابق، ص 525 ف 1398، عدم دقة ما قاله "كولمبي"، حيث يقولان : "On dit quelquefois qu'il y a là une action pau--lienne renforcée, mais cela est peu exact, car l'action n'est pas fondée sur la fraude, mais sur l'indisponibilité du patrimoine résultant de la cessation de paiements".

(4) أنظر "مازو" : المرجع السابق، ص 1026 ف 985 ./_

و من الأسباب الوجيهة التي يبررها "كولعبي" ، أن الوفاء لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، أن هذا التصرف لا تتوافر فيه الشروط اللازم توافرها في التصرف القانوني ليصح الطعن فيه بالدعوى البولصية ، و هي ، كما سبق أن رأينا ، أن يكون التصرف مفقرا للمدين بحيث يسبب ضررا للدائن ، و أن يكون التصرف منطويا على غش من المدين ، و هذا ما سنراه في حينه .

و بالنسبة الى الشرط الأول ، و هو كون الوفاء لا ينطوي على عنصر الافقار للمدين ، يرى "كولعبي" "أن المدين ، عندما يوفي لأحد دائنيه بحقه ، يكون قد أنقص من ديونه بقدر ما أنقص من حقوقه . و نتيجة لوجود التعادل ما بين حقوق المدين و ديونه ، فان الوفاء لا يكون تصرفا مفقرا للمدين و لا مثريا له ، بل هو تصرف محايد" (1) .

و نحن نرى ، أن هذا التبرير لا يصح الا في حالة واحدة ، و هي حالة ما اذا لم يكن المدين معسرا من قبل . أما اذا كان معسرا قبل الوفاء ، أفلا يؤدي وفاؤه ، هنا ، لأحد دائنيه بحقه كاملا الى زيادة اعساره بالنسبة الى بقية الدائنين ؟

في هذه الحالة ، شرط "الافقار" متوافر غير أن الوفاء الحاصل من المدين ، رغم اعساره ، يفلت هو الآخر من نطاق الدعوى البولصية لعدم توافر شرط الغش ، لأن الدائن الذي يستوفي حقه من المدين ، لا يمكن أن نعتبره متواطئا مع المدين للاضرار بحقوق الدائنين الآخرين ، حتى لو افترضنا أن المدين أراد بالوفاء له ، أن يميزه على باقي الدائنين للاضرار بهم ، و حتى لو علم الدائن الذي استوفى حقه بغش المدين ، فانه دائن يسعى الى غرض مشروع ، و هو الحصول على حقه (2) .

و نخلص مما تقدم ، الى أن الوفاء بدين مستحق الأداء ، لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، اما لعدم توافر شرط الافقار في الحالة التي يوفي فيها المدين ، و لم يكن معسرا من قبل ، و اما لتخلف شرط الغش في الحالة الثانية التي يوفي فيها المدين أحد دائنيه ، و هو معسر من قبل ، اذ لم يقم هذا المدين سوى بتنفيذ التزام عليه ، كما أن الدائن الموفي له ، لم يفعل أكثر من استيفاء حقه الذي حل أجله (3) .

---

(1) "كولعبي" : مجلته السابقة الذكر ، ص 7 ، و أنظر من نفس الرأي ، "ستارك" : المرجع السابق ، ف 2593 ، "مارتي و رينو" : المرجع السابق ، ص 727 ف 706 .

(2) أنظر "السنهوري" : نظرية العقد ، ص 804 هامش (1) ، و الوسيط ، ج 2 ، السابق الذكر ، ص 1017 .

(3) و هذا لا ينطبق الا في القانون الفرنسي ، و كذا القانون المدني اللبناني الذي لم يحسم المسألة بنص صريح . أما قوانيننا ، فانها أوردت حكما خاصا في هذه المسألة ، نتطرق اليه فيما بعد .

و يترتب على ما تقدم من الحجج السابقة التي استند اليها الفقه لتبرير عـدم جواز الطعن في الوفاء بدين مستحق الأداء، ما ذهب اليه بعض الفقه [1]، من أن الوفاء بدين غير مستحق الأداء، لا يتمتع بالحصانة التي يتمتع بها الوفاء بدين مستحق الأداء . ذلك أن الوفاء بدين مؤجل تصرف ارادي من المدين يترك مجالا واسعا لافتراض الغش و التواطؤ .

غير أن "بودري و بارد "، يأخذان بهذا الرأي ، و يرفضان التفرقة بين الوفاء بدين مستحق الأداء، و بين دين مؤجل، و يكتفيان في حالة الوفاء بدين لم يحل أجلـه يجعل الدائن الذي استوفى حقه قبل حلول الأجل، يرد الفوائد التاثونية عن المدة التي تعجلها المدين [2].

و هكذا، نلاحظ أن الفقه يفرق بين الوفاء بدين مستحق الأداء، و الوفاء بديـن غير مستحق، و يعتبر الوفاء في الحالة الأولى تصرفا سليما غير قابل للطعن فيه بالدعوى البولصية، و في الحالة الثانية، يجوز للدائن أن يطعن فيه ، و لكن على شرط اثبات الغش و التواطؤ .

غير أن الخلاف قد أثير أيضا فيما يتعلق بالوفاء بدين مستحق الأداء من حيث شرط الغش.فذهب رأي الى أن الوفاء بدين مستحق الأداء، يمكن الطعن فيه بالدعوى البولصية تبعا لنية المتعاقدين (المدين و الدائن الموفى له)، عندما يكون الوفاء الحاصل من المدين قد تم بهدف الاضرار بالدائنين الآخرين ، و ليس لمجرد الوفاء للدائن ، أي حينما يوجد تواطؤ في الغش بين المدين و الدائن الذي استوفى حقه من المديـن ، بقصد الحاق ضرر غير مشروع بالدائنين الآخرين [3] .

و الظاهر أن القضاء الفرنسي ، يذهب الى هذا الرأي في بعض أحكامه ، حيث يرى أن الوفاء الذي يقوم به المدين لأحد دائنيه ، لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية حتى لو كـان المدين على علم باعساره، و هو من ناحية أخرى، يجيز الطعن في الوفـاء بشرط اثبات التواطؤ بين المدين و الدائن الذي يستوفي حقه بقصد الاضرار بباقـي الدائنين [4] .

---

(1) أنظر "ديموج " : المرجع السابق، ص 446 ف 1065.. "بلانيول و ريبر و ردوان " : المرجع السابق، ص 277 ف 943.."جروبيه " : رسالته السابقة الذكر، ف 212 .
(2) "بودري و بارد " : المرجع السابق، ف 695 .أشار الى هذا الأخير "بلانيول و ريبر و ردوان " : المرجع السابق، ص 277 هامش (2) .
(3) أنظر "أوبري و رو" : المرجع السابق، ص 209، نص و ملاحظة (32).."مارتي و رينو" : السابق الذكر، ص 727 ف 706 .
(4) نقض فرنسي 7 جويليـية 1896، نشر في داللوز 1896 عدد 1 برقم 419.. و في سيريه 1896 عدد 1 رقم 405 .
أشار الى ذلك "مارتي و رينو" : المرجع السابق، ص 723 هامش (2) و (3) .

وقد يترتب على هذه التفرقة بين مجرد رغبة المدين في تفضيل أحد دائنيه، وبين تواطئه مع أحدهم للاضرار بباقي الدائنين، وجود درجات في الغش البولصي "Fraude paulienne". ولذا انتقدت هذه التفرقة من طرف بعض الفقه.

فبلانيول وريبر" يذهبان في هذا الصدد الى القول بما يلي: "اما الى اعتبار الوفاء صوريا ويخضع بالتالي لدعوى الصورية، وليس للدعوى البولصية. واما الى اعتبار الوفاء حقيقيا، وأن شرعية حق الدائن في استيفاء حقه تكفي لجعل الوفاء غير قابل للطعن بدون أن نلجأ الى البحث عن النوايا"(1).

هذا، ونظرا لصعوبة التمييز بين مجرد الغش والتواطؤ، ذهب "كولمبي" الى القول "بأن الوفاء في جميع الحالات لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية"(2).

في حين، ذهب "ستارك" الى العكس، ورأى أن في ذلك سببا لا خضاع الوفاء في جميع الحالات للدعوى البولصية(3).

ولعل مرد هذا الخلاف هو صعوبة اثبات ركن الغش والتواطؤ في الواقع العادي، باعتبار أنهما من المظاهر النفسية البحتة التي يصعب الوصول الى معرفتهما بأمارات خارجية.

وبعد أن عرضنا مدى جواز أو عدم جواز الطعن في الوفاء كتصرف قانوني بالدعوى البولصية، وأوضحنا التبريرات التي يعتمد عليها الفقه والقضاء في الوصول الى ذلك، وبينا الأفكار التي تخالف الرأي السائد والتي يقول بها بعض الفقهاء، يحسن بنا أن نعرف موقف قوانيننا من هذه المسألة.

موقف التشريعات العربية من هذه المسألة:

ان التشريعات العربية، وبخاصة القانون المدني الجزائري قد حددت موقفها من هذا الخلاف، وحسمت الأمر بنص صريح في هذه المسألة، فوفرت كامل الحماية للدائنين، اذ أجازت لهم الطعن بالدعوى البولصية في كلتا الحالتين، سواء تم الوفاء بدين مستحق الأداء، أو بدين مؤجل.

---

(1) أنظر "بلانيول وريبر وردوان": المرجع السابق، ص. 278 ف. 948. ونحن لا نوافق بلانيول في اعتبار الوفاء صوريا، لأن الوفاء الصوري لدائن حقيقي، ليس شيئا معتادا.

(2) "كولمبي": المجلة السابق الذكر، ص. 14 وما بعدها. مع الملاحظة أن حكم الشريعة الاسلامية يتجه الى نفس الرأي في هذه المسألة حيث جاء في المادة 211 من مرشد الحيران ما يلي: "اذا كثرت غرماء المدين، وكان ماله لا يفي بجميع الديون المطلوبة، فله أن يقدم من شاء منهم، ويؤثره على غيره، وان قضى دين أحدهم فليس للآخرين أن يجبروا القابض على تقسيم ما قبضه بينه وبينهم": وردت الاشارة الى ذلك في نظرية العقد، "السنهوري"، السابق الذكر، ص. 804 هامش (1).

(3) أنظر "ستارك": المرجع السابق، ف. 2593.

فقضت المادة 196 مدني جزائري[1]، بأنه "اذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل حلول الأجل المضروب أصلا للوفاء، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين، وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء و لو حصل بعد حلول الأجل اذا كان قد تم نتيجة تواطوء بين المدين و الدائن الذى استوفى حقه " .

و يلاحظ أن قوانيننا، قد اعتبرت الوفاء الحاصل من المدين المعسر قبل حلول الأجل من قبيل التبرعات، لأن المدين في هذه الحالة قد تعجل الوفاء، و لذا يعتبر متنازلا عن الأجل، و هو تنازل موهب اذا تم في وقت يعجز فيه المدين عن دفع ديونه، و لذا أجازت القوانين الطعن في هذه الحالة، بالدعوى البولصية، دون أن تشترط اثبات غش المدين الذى عجل بالوفاء، و لا تواطوء الدائن الذى استوفى حقه قبل حلول الأجل .

أما الوفاء الحاصل من المدين عند حلول الأجل، فقد اعتبرته، من قبيل المعاوضات[2]، الا أنها لم تشترط للطعن فيه مجرد الغش، الذى يتمثل في أنه يكفي أن يعلم كل من المدين و المتصرف اليه بالاعسار أو زيادته، ذلك أن قوانيننا، كما سوف نرى، قد فرقت بين التبرعات و المعاوضات من حيث اشتراط الغش و التواطوء . و لم تشترط الغش الا في المعاوضات، بل اشترطت للطعن في الوفاء بدين مستحق الأداء توافر التواطوء بين المدين و الدائن الذى استوفى حقه [3].

و بعد أن انتهينا من الوفاء كتصرف قانوني، و من موقف الفقه و القوانين منه، يحسن بنا أن نتناول ما يعادل الوفاء في انقضاء الالتزام، فنتساءل ما هو الحكم بالنسبة الى الوفاء بمقابل من حيث جواز الطعن فيه بالدعوى البولصية ؟

و يجدر بنا بادىء ذى بدء أن نعرف ما هو الوفاء بمقابل ؟

يعرف الوفاء بمقابل[4] "Dation en paiement" "بأنه عقد ملزم للجانبين يقصد به تمليك عين في مقابل دين، و يترتب عليه نقل ملكية هذه العين للدائن و انقضاء

---

(1) يقابل نص المادة 196 م ج ، في القوانين العربية المواد 242م، مصري، و 2/243 م، سوري، و 268م، عراقي، و 245م، ليبي .

أما تقنين الموجبات و العقود اللبناني، الذى سار في تنظيمه لهذه الدعوى القانون المدني الفرنسي، و نظم قواعد هذه الدعوى كلها في المادة 278، ففي هذه المادة لم يبين موقفه فيما اذا كان يجوز للدائن أن يطعن، أو لا يجوز له أن يطعن بالدعوى البولصية في الوفاء، الأمر الذى يوجد كل الغموض و الخلاف الذى ما زال قائما في القانون الفرنسي .

(2) أنظر "السنهوري" : الوسيط، ج 2، ص، 1017 ف، 578، "اسماعيل غانم" : المرجع السابق، ص، 184 .

(3) و هذا تلتقي قوانيننا مع ما ذهب اليه بعض الفقه و أحكام محكمة النقض الفرنسية : أنظر ص، 77 هامش (3) و (4) من بحثنا هذا .

(4) نصت على مقابل الوفاء المادة 285م، جزائري على ما يلي : "اذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء" .

دين المدين "(1) .

لم يشر الوفاء بمقابل ما أثاره الوفاء من خلاف، بل أن جميع الفقه الذى رفض الدعوى البولصية في حالة الوفاء قبلها بسهولة فيما يتعلق بالوفاء بمقابل، لأنه تصرف ارادى يترك الأمر فيه مجالا واسعا لغش المدين و تواطوء الدائن الموفي له .

و يرى "جروبيه " ، أن الوفاء بمقابل يخضع للقواعد العامة للدعوى البولصية، فيجب على الدائن المدعي أن يثبت الضرر الذى أصابه من جهة، و غش المدين و المتصرف اليه من جهة ثانية(2) .

و قد كان الوفاء بمقابل في عهد التقنين المدني المصرى السابق(3)، و لا يزال في الفقه و القضاء الفرنسيين(4) يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية، اذا كان المقابل الذى أخذه الدائن يزيد كثيرا على حقه . وكذا اذا ثبت أن الدائن و المدين متواطئان للوصول الى فائدة غير مشروعة اضرارا بالدائنين الآخرين . أما اذا كان الدائن لم يأخذ مقابلا لحقه الا قيمة تعادله ، فلا يجوز الطعن في هذا الوفاء بمقابل، حتى لو ثبت أن الدائن كان يعلم باعسار المدين(5) .

و قد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن : "بأن القول بانتفاء التواطوء المبطل لتصرف المدين في حق الدائن كلما كان التصرف صادرا الى دائن توفية لدينه غير صحيح على اطلاقه ، اذ هو ان صح في حالة تعادل مبلغ الدين و قيمة المبيع لا يصح في حالة تفاوتهما تفاوتا من شأنه أن يفيد أن التصرف لم يكن مجرد توفية لدين فحسب"(6) .

و اذا حاولنا التعرف على موقف قوانينا من الوفاء بمقابل ، فنجدها بخلاف الوفاء لم تحسم الوضع في هذه المسألة، الأمر الذى يجعلنا نرى مع "السنهورى" أن الوفاء بمقابل في قوانيننا يأخذ حكم الوفاء، أى أنه لا بد من اللجوء الى التفرقة بين الوفاء بمقابل الحاصل قبل حلول الأجل، و الوفاء بمقابل الحاصل بعد حلول الأجل .

---

(1) أنظر محاضرات الاستاذ "محمد حسنين "التي ألقيت على طلبة الليسانس السنة الثانية 1976/1975، ص. 117 .

(2) "جروبيه " : رسالته السابقة الذكر، ص. 201 ف. 107 .

(3) استئناف مختلط 15 يونيه سنة 1916 م . 28 ص. 433، مشار اليه في الوسيط، ج 2 "للسنهورى"، ص. 1018 هامش (1)ـ و أنظر أيضا نظرية العقد "للسنهورى"، ص. 803 ف. 735 هامش (1) .

(4) أنظر "كولمبي " : المجلة السابقة الذكر، ص12 ـ "بلانيول و ريبير و ردوان " : المرجع السابق، ف. 949 .

نقض فرنسي 24 جانفي 1900 ـ منشور في سيريه 1900 عدد 1 برقم 344 ـ منشور في داللوز 1900 عدد 1 رقم 166 ـ و هذه الأحكام قد درسها "جروبيه "بتوسع في رسالته السابقة الذكر، ف. 101 الى 103 .

(5) أنظر "أوبرى و رو " : المرجع السابق، ص. 209 نص و ملاحظة 30 مكرر ـ "بلانيول و ريبير و ردوان " : المرجع السابق، ف. 949 ـ و أنظر الأحكام المشار اليها في هامش (4) نفس الصفحة .

(6) نقض مدني 9 يونيه سنة 1949 مجموعة عمر 5 رقم 432 ص. 796 . قارن أول أبريل . أشار الى ذلك "السنهورى" في الوسيط، ج 2، ص. 1018 هامش (1) .

وفي الحالة الأولى، يجوز الطعن في الوفاء بمقابل حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين، وحتى لو لم يثبت الغش. أما في الحالة الثانية، فلا يجوز الطعن في الوفاء بمقابل، إلا اذا أثبت الدائن أن هناك تواطوء ما بين المدين ومن حصل له التصرف[1].

وهكذا نجد أن فوقا من الوفاء والوفاء بمقابل، تنتقل الى صورة أخرى من التصرف الضار، وهو تفضيل المدين أحد دائنيه دون حق.

ثانيا: تفضيل دائن على آخر دون حق:

كثيرا ما يعمد المدين الى تفضيل أحد دائنيه فيوفر له سببا من أسباب التقدم لم يكن له وقت نشوء دينه، كأن يقرر له رهنا رسميا أو حيازيا على أحد أمواله. والتساؤل الذي يطرح في هذه الحالة هو: هل يستطيع الدائنون الآخرون أن يطعنوا في مثل هذا التصرف بالدعوى البولصية ؟

ان هذه الحالة تماثل الحالتين السابقتين، وقد ذهب رأي بصددها في فرنسا[2]، وفي مصر في ظل التقنين المدني السابق[3] الى أنه لا يجوز الطعن في هذه الحالة بالدعوى البولصية حتى لو علم الدائن المستفيد من الضمان بغش المدين، لأن سعي الدائن الى تأمين حقه أمر مشروع في ذاته.

هذا وقد عرضت على القضاء الفرنسي حديثا دعاوى تتعلق بمدين حول لبعض دائنيه حقا مضمونا برهن، وأصدر أحكاما، ومن بينها حكم صدر في 1945/07/17[4]، رفض فيه قبول الدعوى البولصية لعدم اثبات الاتفاق على الغش بين المدين وبين دائنه المتصرف اليه على الرغم من أن هذا الأخير كان على علم باعسار مدينه.

---

(1) "السنهوري" الوسيط ج 2، المرجع السابق الذكر ص 1018 هامش (1).

(2) "بلانيول وريبير وبولانجيه" المرجع السابق الذكر ص 279 رقم 950 — "بودري وبارد" المرجع السابق الذكر ف 660.

(3) استئناف مختلط 30 أبريل سنة 1895 م 7 ص 346 — 17 مارس 1920 جازيت 10 رقم 88 ص 242 أشار لذلك "السنهوري" الوسيط ج 2، ص 1017.

(4) نقض فرنسي في 17 ديسمبر 1945 جازيت دي باليه 1945 عدد 2 ص 13 وقد أشار الى هذا الحكم في بحثه "سعدي" والسابق الذكر ص 188 ف 10 هامش (3).

و اذا حاولنا أن نعرف موقف قوانيننا من هذه المسألة، نجدها قد حسمتها مي الأخرى بنص صريح، أجازت الطعن فيه بالدعوى البولصية، اذ تقضي المادة 1/196 مدني جزائري بما يلي : "اذا لم يقصد بالغش الا تفضيل دائن على آخر دون حق، فلا يترتب عليه الا حرمان الدائن من هذه الميزة "(1) .

و يفهم من هذا النص أن القانون المدني الجزائري ، كغيره من القوانين العربية قد اعتبر تفضيل المدين أحد دائنيه باعطائه ضمانا خاصا يجعله يتقدم على الدائنين الآخرين دون حق من قبيل التصرفات المفقرة التي يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية .

و يميز الفقه العربي (2) في هذه الحالة بين فرضين من حيث اشتراط الغش أو عدم اشتراطه .

__الفرض الأول :__ اذا كان الدائن الذي حصل على ضمان خاص، قد أعطى شيئا في مقابل ذلك للمدين ، كأن مد له في أجل الدين ، أو أعطاه أجلا جديدا ، و هنا يكون تصرف المدين من قبيل المعاوضات ، و يشترط لجواز الطعن فيه بالدعوى البولصية اثبات غش كل من المدين و الدائن ، أي أنهما قصدا من هذا الضمان أن يتقدم الدائن دون حق على سائر الدائنين .

__الفرض الثاني :__ أما اذا كان الدائن قد حصل على الضمان من مدينه دون مقابل فالتصرف يعتبر من قبيل التبرعات ، و بالتالي لا يشترط لجواز الطعن فيه بالدعوى البولصية، لا غش المدين و لا غش الدائن (3) .

و حكم هذا التصرف في كلا الفرضين ، أنه اذا نجح الدائن في الطعن فيه بالدعوى البولصية، يحرم الدائن الذي حصل على الضمان من الميزة التي كان يهدف من ورائها الى الحصول على هذا الضمان الخاص، ألا و هي التقدم على غيره من الدائنين ، و بالتالي لا يسري هذا التصرف في حق باقي الدائنين الآخرين .

---

(1) يقابل المادة 1/196 مدني جزائري في القوانين الأخرى المواد 2/242م ، مصري و 1/243م ، سوري و 1/268م ، عراقي و 1/245م ، ليبي .
و لا مقابل لها في القانون المدني الفرنسي ، و قانون الموجبات و العقود اللبناني اذ كلاهما اكتفا بتنظيم هذه الدعوى في مادة واحدة .

(2) أنظر "السنهوري" : الوسيط ج 2، ص 1016 ف 578 ، "اسماعيل غانم" : المرجع السابق، ص 184 ف 77 ، "أنور سلطان" : المرجع السابق، ص 41 ، 42 .

(3) أنظر في القانون التجاري كيف أن التشريعات جعلت من التأمينات الخاصة لديون سابقة قرينة على الغش لا تقبل اثبات العكس، و أخضعت هذا التصرف الى عدم النفاذ الوجوبي .
أرجع الى ص 140 هامش (6) من هذا البحث .

و نخلص مما تقدم، الى أن قوانيننا، و ان كانت قد كيفت بنصوصها الصريحة، حالة الوفاء بدين مستحق الأداء بأنه من قبيل المعاوضات، و قد قسناها عليه، مع الفقه العربي حالة حصول الدائن على تأمين مقابل مده في أجل الدين أو اعطائه أجلا جديدا، فانها اشترطت في هاتين الحالتين صراحة لفظ "التواطؤ" ، و لم تكتف بعلم المتصرف اليه باعسار المدين خلافا للقاعدة العامة، اذ كما سوف نرى، أنه يكفي في المعاوضات لكي يتحقق شرط الغش سواء من جانب المدين، أو من جانب المتصرف اليه، أن يكون كلاهما عالما "بالاعسار".

هذا و أن قوانيننا بنصوصها الصريحة تلتقي مع ما ذهب اليه القضاء في فرنسا[1]، اذ لم تكتف بمفهوم الغش الذي يتمثل في العلم بالاعسار، بل اشترطت "التواطؤ" صراحة . و سوف نعود الى هذين التصرفين عند دراسة شرط الغش، حتى نبين لماذا اشترطت القوانين و القضاء لفظ "التواطؤ" فيما يتعلق بهاتين الحالتين، و هما تفضيل المدين أحد دائنيه بالوفاء له، أو منحه سببا من أسباب التقدم، بينما اكتفى بلفظ الغش في التصرفات بخصوص الأخرى، لأنه لا يمكن أن يكون ترك القانون عبثا للفظ التواطؤ هناك، و يستعمله في الوفاء، و منح الدائن تأمينا خاصا[2] .

و هكذا انتهينا من دراسة شرط الافقار في تصرف المدين، لكي يكون محلا للطعن فيه بالدعوى البولصية، و رأينا كيف أن قوانيننا قد وسعت من نطاق الدعوى البولصية و جعلتها تمتد الى جميع تصرفات المدين، سواء تلك التي تزيد في التزاماته، أو تنقص من حقوقه، و لم تقصرها على هذه الأخيرة، كما هي الحال في القانون الفرنسي، و قد أحسنت صنعا قوانيننا في ذلك، لأنه لو صار اخراج الحقوق من الذمة معرضا وحده للطعن بالدعوى البولصية، فان صورة زيادة الالتزامات تصبح الطريق التي يتبعها المدينون لغش دائنيهم، و لذا، فان الجمع بين الصورتين في اباحة الطعن فيهما بالدعوى البولصية، أصبح أمرا لا بد منه، و الا كانت الدعوى البولصية مجردة وسيلة جوفاء، لا تحقق الحماية الحقيقية للدائنين .

هذا، و أن القوانين لم تكتف بأن يكون التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، بل لا بد أن يكون هذا التصرف قد أدى الى اعسار المدين أو زاد في اعساره، و هذا ما سنتناوله الآن .

---

(1) أنظر نقض فرنسي في 1945/7/17، السابق الذكر، ص 83 هامش (4) .

(2) قانون بين المادة 192م جزائري حيث ورد لفظ الغش، و عرف في هذه المادة "بالعلم بالاعسار"، سواء من جانب المدين أو من جانب المتصرف اليه، و المادة 196م جزائري حيث ورد لفظ "التواطؤ"، و سنعود الى المقصود بكل من مفهوم الغش و التواطؤ في دراسة شرط الغش، ص من 104 الى 108 .

المطلب الثاني

أن يؤدي تصرف المدين الى اعساره أو الى زيادة اعساره .

ان الضرر الذى يبرر رفع الدعوى البولصية، يكمن في عدم تمكن الدائن من الحصول على حقه . و لا يتحقق هذا، الا اذا كان التصرف الذى أبرمه المدين ، قد أدى الى اعساره أو الى زيادة اعساره . و هذا ما قضت به صراحة قوانيننا، اذ جاء في المادة 191 مدني جزائرى، السابقة الذكر" . . . أن يكون هذا التصرف قد أنقص من حقوق نصيبه ، أو زاد في التزاماته، و ترتب عليه عسر المدين أو الزيادة في عسره"[1] .

أما بالنسبة الى الموقف في فرنسا، فان الفكرة راسخة في الفقه[2] و القضاء[3] على ضرورة اثبات اعسار المدين على أثر قيامه بالتصرف المطعون فيه ، اعسارا ناجما عن التصرف المطعون فيه .

من هنا يتضح لنا مدى أهمية شرط الاعسار في تصرف المدين ، و قد آثرنا دراسة "الاعسار" كشرط في تصرف المدين وفقا للمادة 191 مدني جزائرى، و ذلك بخلاف ما ذهب اليه بعض الفقه العربي[4] في دراسة هذا الشرط بمناسبة الكلام عن الشروط المتعلقة بالمدين .

و يحسن بنا بادىء ذى بدء، أن نعرف ما المقصود بالاعسار في مجال الدعوى البولصية ؟

يقصد بالاعسار في مجال الدعوى البولصية، الاعسار الفعلي " Insolvabilité "، الذى يختلف عن الاعسار القانوني الذى نظمه التقنين المدني المصرى الجديد و سايرته فيه معظم التقنينات العربية

---

(1) أنظر المادة 191م ،جزائرى السابقة الذكر، و ما يقابلها في القوانين العربية الأخرى، وقد لاحظنا على المادة، أنها أسقطت لفظ "عليه " و الأصح أن يكون "و ترتب عليه عسر المدين أو الزيادة في عسره" .

(2) أنظر "بلانيول و ريبر و بدوان " :المرجع السابق، ف، 927 ـ"ريبر و بولانجيه " : المرجع السابق، ص، 526 ف، 1409 ـ"كولان و كابيتان " :المرجع السابق، ص، 726 ف، 1368 ـ"ويل و تيرى" :المرجع السابق، ص، 927 ف، 871/2 ـ"ستارك" : المرجع السابق، ص، 2584/٨ . كل هؤلاء الفقهاء تعرضوا لشرط الاعسار بمناسبة الكلام عن شرط الضرر. قارن مع ذلك "جرونيه" : رسالته السابقة الذكر، ص، 11 ف، 6، حيث يرى بالعكس أن الضرر يجب أن يدرس بمناسبة الكلام عن شرطي الاعسار ـ و أسبقية حق الدائن ـ و لكن الكل يتفق على أن "التصرف لا يكون مفقرا و ضارا بالدائنين الا اذا كان من شأنه أن يؤدى الى اعسار المدين أو الى زيادة اعساره " .

(3) أنظر عرائض 25 جوان 1895، السابق الذكر، ص، 44 هامش(4)، و أيضا "أجان " Agen " 13 جانفي 1845 داللوز 45 ، 2 ، 78 ـ و أجان في 3 فيفري 1885 سيريه 86 ، 2 ، 31 ـ وردت الاشارة الى ذلك في رسالة "جرونيه"، ص، 16 هامش (2) ، (3) ، 7 .

(4) "السنهورى" :الوسيط ج 2، ص، 1027 ـ"عبد المنعم البدراوى":السابق الذكر، ص، 164، و ما يليها .

فيه معظم التقنيات العربية[1] .

و بهذه المناسبة، يأخذ على المشرع الجزائري عدم تنظيمه للاعسار المدني، كما نظم الافلاس التجاري[2] خاصة أنه كان أمامه في القوانين العربية مثل أولى بالاتباع من مثل القانون الفرنسي .

و نظام الاعسار هو نظام خاص بالمدينين غير التجار، و مقتضى نظام الاعسار أن يشهر اعسار المدين اذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء . و يترتب على هذا الشهر أن لا يسري في حق الدائنين، أي تصرف يقوم به المدين، يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، كما لا يسري في حقهم، أي وفاء يقوم به المدين .

و قد كان مشرعنا يحسن صنعا لو أنه أخذ بنظام الاعسار، و لكنه للاسف قد أغفله تماما على الرغم مما يتجلى به من مزايا تفوق نظام الدعوى البولصية التي هي السلاح الوحيد الذي يستطيع الدائنون أن يذودوا به عن حقوقهم ضد غش المدين في ظل القانون المدني الجزائري، و هذه الدعوى، كما سنرى في النهاية، ليست كافية لتأدية الغرض الذي أنشئت من أجله لأن نظام هذه الدعوى يلقي على عاتق الدائن عبء اثبات غش مدينه، و غش من تصرف اليه على الأقل في حالة المعاوضات . أضف الى ذلك أنها تلقي على عاتقه عبء اثبات تواطؤ كل من المدين و المتصرف اليه في حالة تفضيل المدين أحد دائنيه بالوفاء له[2] أو منحه سببا من أسباب التقدم، و الغش و التواطؤ كما نعلم، ليسا بالأمور السهلة لتعلقهما بعوامل نفسية أشارت هي الأخرى خلافا حادا في الفقه و القضاء كما سنرى .

نتيجة لكل هذه السلبيات في الدعوى البولصية، ألم يكن من الخير أن يريح مشرعنا الدائنين من عبء اثبات هذين العاملين النفسيين بتنظيمه لنظام الاعسار ؟ ؟ ان اهمال مشرعنا ليظهر أكثر وضوحا اذا علمنا أن لنظام الاعسار أصوله في نظام الحجر على المدين المفلس المعترف به في الفقه الاسلامي[3] .

---

(1) أنظر القانون المدني المصري الجديد، المواد من 249 الى 264 و يقابلها في القوانين العربية المواد 250 - 264 م سوري - و في القانون المدني العراقي المواد من 270 الى 278 . أما التقنين المدني الليبي، فقد أغفل هو الأخر تنظيم الاعسار، و كذلك الشأن في قانون الموجبات و العقود اللبناني، فقد ترك الاعسار المدني دون تنظيم، كما فعل التقنين المدني الفرنسي .

(2) أنظر ما تقدم عند دراستنا تفضيل المدين لأحد دائنيه بمنحه سببا من سبب التقدم أو الوفاء له، اللذين أثارا خلافا حادا في الفقه و القضاء الفرنسيين، و اتجاه القضاء الحديث الى نفس ما نصت عليه صراحة قوانيننا الى اشتراط "التواطؤ" هنا خلافا للقاعدة العامة . في حين أنه لو أن مشرعنا أخذ بنظام الاعسار، فان هذين التصرفين لا يثيران أدنى مشكلة، لأنه بمجرد شهر اعسار المدين فان تصرفاته لا تسري في مواجهة دائنيه .

(3) أنظر ما تقدم في الدعوى البولصية في الفقه الاسلامي عند دراستنا تطور هذه الدعوى عبر القوانين . فالشريعة الاسلامية لا تفرق بين الافلاس التجاري و الافلاس المدني، و بذلك تلتقي مع القوانين الحديثة كالقانون الألماني و السويسري .

و بعد أن أخذنا على المشرع الجزائري عدم تنظيمه للاعسار المدني ، نوجه الى المقصود بالاعسار في نظام الدعوى البولصية .

قد سبق أن ذكرنا أن مفهوم الاعسار في الدعوى البولصية ينحصر في الاعسار الفعلي ، و من المفاهيم السائدة للاعسار ، أن المدين يكون معسرا حينما تكون أصوله أقل من خصومه ، أي تزيد الديون على الحقوق[1] .

و اذا عدنا للتذكير بما سبق أن قلناه ، من أن هناك تصرفات للمدين تخرج من نطاق الدعوى البولصية لعدم فائدتها بالنسبة الى الدائن[2] ، يتضح لنا مدى ضيق مفهوم الاعسار في مجال الدعوى البولصية ، اذ أنه لتقدير يسر المدين أو عسره لا يؤخذ بعين الاعتبار سوى الأموال التي يستطيع المدين أن يتصرف فيها ، كما أن هناك بعض أموال للمدين تكون قابلة للتصرف ، و مع ذلك غير قابلة للحجز ، و لهذا يرى "جروبيه" أن مفهوم الاعسار في الدعوى البولصية ، "هو أن المدين يكون معسرا عندما تزيد خصومه عن أصوله الظاهرة ، القابلة للتصرف فيها و الحجز عليها "[3] .

هذا ، و يعرف "السنهوري" الاعسار في الدعوى البولصية ، بأنه "الاعسار الفعلي أي عدم وجود مال ظاهر للمدين يكفي للوفاء بجميع ديونه ، حتى لو كان له مال غير ظاهر يفي بجميع الديون ، أو مال يتعذر التنفيذ عليه "[4] .

و استنادا الى ذلك ، يقال أن للاعسار في مجال الدعوى البولصية معنى عمليا أكثر منه قانونيا . فالاعسار القانوني الذي نظمته معظم التقنينات ـ بينما أهمله المشرع الجزائري ـ يتمثل في زيادة ديون الشخص على حقوقه . أما في الدعوى البولصية ، فقد لا تزيد الديون على الحقوق ، و مع ذلك يعتبر المدين معسرا ، اذا كان بعض هذه الحقوق غير ظاهر ، أو يتعذر التنفيذ عليه[5] ، كالأموال المتنازع فيها ، أو الموجودة بالخارج مما يجعل التنفيذ الجبري عليها مستحيلا[6] .

---

(1) أنظر "السنهوري" : الوسيط ج . 2 ، ص . 1029 ف . 588 ـ "أنور سلطان" : المرجع السابق ، ص . 47 ف . 50 .

(2) أنظر ما تقدم في دراستنا للتصرفات التي لا يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية لعدم فائدتها للدائن ، ص . 69 الى 73 من هذا البحث .

(3) "جروبيه" : رسالته السابقة الذكر ، ص . 54 ف . 28 .

(4) "السنهوري" : نظرية العقد ، ص . 788 هامش (2) .

(5) "أوبري و رو" : المرجع السابق ، ص . 196 و 197 ـ "بلانيول و ريبير و ردوان" : المرجع السابق ، ف . 928 ـ "ديمولمب" : المرجع السابق ، ف 184 ـ "لاروميير" : المرجع السابق ، ف . 17 .

(6) "بلانيول و ريبير و ردوان" : المرجع السابق ، ف . 928 ، و يقولون في هذا الصدد :

"Il faut considérer moins le bilan théorique du débiteur, que la possibilité pour le créancier qui agit de récupérer en fait toute sa créance".

وعلى العكس من ذلك، قد تزيد الديون على الحقوق، ومع ذلك لا يعتبر المدين معسرا اذا كانت بعض هذه الديون لا تزال معلقة على شرط، وكان بعض الدائنين لا يتقدم لاستيفاء حقه، بحيث أن الباقي يمكن وفاؤه من مال المدين[1]. ومن هنا يتبين لنا ما سبق أن رأيناه، وهو أنه قد يتسبب تصرف المدين في اعساره أو في زيادة اعساره ولو كان معاوضة، غير أن الفقه العربي قد برر الطعن في هذه الصورة بافتراضه أن يكون الثمن الذي باع به المدين بخساً، أو الذي اشترى به باهظا[2].

ونظرا الى أن القوانين، ومنها قانوننا المدني الجزائري، لم تبين وصف الديون[3] واذا كان يقصد بالديون ما استحق منها، أو ما لم يستحق، أو كلاهما، فقد اختلف الفقه بصدد هذه المسألة، فذهب جانب من الشراح العرب الى أنه يجب أن تكون هذه الديون مستحقة الأداء قياسا على ما جاء في المادة 249 مدني مصري[4] الخاصة بشهر الاعسار[5]. وعلى ذلك لا يكفي مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه حتى يعتبر معسرا، بل يجب أن تكون هذه الحقوق أقل من الديون المستحقة الأداء.

---

(1) "السنهوري": نظرية العقد، ص 788 هامش (2).

(2) أنظر ما تقدم ص 58 هامش (4).

(3) أنظر المادة 193 مدني جزائري: "اذا ادعى الدائن عسر المدين فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن لديه مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها".

وتقابلها في القوانين العربية، المواد 239 م مصري ـ 240 م سوري ـ 265 م عراقي ـ 242 م ليبي.

(4) تنص المادة 249 مدني مصري ـ ولا مقابل لها في القانون المدني الجزائري ـ على ما يلي: "يجوز أن يشهر اعسار المدين اذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء".

ويقابلها في القوانين العربية المواد 250 م سوري ـ 270 م عراقي ـ ولا مقابل لها في التقنين الليبي واللبناني ـ أنظر "السنهوري": الوسيط ج 2، ص 1212.

(5) أنظر في هذا الخصوص: "أنور سلطان": أحكام الالتزام، السابق الذكر، ص 47 ف 50.

ومحاضرات "اسماعيل غانم"، في النظرية العامة للالتزام، 1955، ص 145 ف 111 أشار لها في مؤلفه أحكام الالتزام، المرجع السابق الذكر، ص 174.

و يميل جانب من الفقه الفرنسي الى نفس الرأى [1]. في حين يذهب الرأى الراجح في الفقه المصري [2] الى أن العبرة بالديون جميعها المستحقة الأداء و غير المستحقة ، و أن كان لفظ الديون في المادة 239 مدني مصرى، التي تقابل المادة 193 مدني جزائرى، جاء مطلقا فانه ينطبق على المستحق منها و غير المستحق .

و بما أن شرط الاعسار له ارتباط وثيق بالضرر، اذ لا يمكن أن يكون هذا الأخير طالما لم يكن هناك اعسار، و هذا ما نصت عليه صراحة قوانيننا ، و ما انتهى اليه معظم الفقه . و بالتالي يكون شرط الاعسار ليس الا أحد أوجه المبدأ القائل "لا دعوى بدون مصلحة".

و وفقا للمادة 191 مدني جزائرى التي تنص على ما يلي :" . . ... اذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، و ترتب عليه عسر المدين أو الزيادة في عسره".

و يفهم من هذه المادة، أن المدين، اما يكون غير معسر قبل صدور التصرف المطعون فيه ، فيستلزم أن يكون هذا التصرف هو السبب في اعساره، و اما أن يكون معسرا قبل صدور التصرف فيجب أن يزيد التصرف في اعساره . و يتحمل عبء اثبات اعسار المدين أو الزيادة في عسره بسبب التصرف ، الدائن ، وفقا للقاعدة العامة أن البينة على من يدعي .

- اثبات أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في اعسار المدين أو زاد في اعساره .

ان المطلوب من الدائن الطاعن الذى يدعي اعسار مدينه أن يثبت أمرين :

أولا : أن اعسار مدينه أو زيادة اعساره هو نتيجة للتصرف المطعون فيه ، أى لابد من وجود علاقة سببية ذات أثر ما بين اعسار المدين أو زيادة اعساره، و التصرف المطعون فيه . و توجد هذه العلاقة كلما كان التصرف المطعون فيه مفقرا ، ذلك أنه لا

---

(1) أنظر "ديموج" :المرجع السابق، ص. 427 ف. 1046 - "بلانيول و ريبير و ردوان" : المرجع السابق، ف. 928 - "جروبيه" :رسالته السابقة الذكر ، ص. 56 ف. 30 .

(2) أنظر "السنهورى" :الوسيط ج . 2، السابق الذكر، ص. 1029 ف. 583 - "عبد المنعم البدراوى" :المرجع السابق، ص. 175 - "اسماعيل غانم" :المرجع السابق ، ص. 174 هامش (1) . و يبرر لنا "اسماعيل غانم" ، أنه كان يأخذ بفكرة الديون المستحقة الأداء قياسا على المادة 249م . مصرى مع استناده الى حكم من محكمة النقض كان الحكم فيها خاضعا للتقنين المدني السابق . أما في التقنين المدني المصرى الجديد ، فبمقارنة المادة 239 مع المادة 249م . مصرى، يستخلص أن المشرع المصرى يريد أن يجعل العبرة في الدعوى البولصية بالديون جميعها المستحقة و غير المستحقة .

يتصور أن يترتب على التصرف اعسار المدين أو زيادة اعساره ، الا اذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته [1]. فلا يجوز للدائن أن يطلب عدم نفاذ تصرف مدينه اذا كان المدين وقت ابرامه التصرف موسرا، و بقي كذلك رغم التصرف حتى لو حدث أن طرأ بعد التصرف ما جعل المدين معسرا، طالما أن هذا التصرف لم يكن هو السبب في اعسار المدين أو زيادة اعساره .

و قد رأت القوانين العربية، و منها القانون المدني الجزائري، مهتدية بما جد به الذي أحدثه القانون المدني المصري الجديد على قواعد الدعوى البولصية أن تخفف على الدائن من عبء اثبات الاعسار، فنص القانون المدني الجزائري بالمادة 193 [2] على أنه "اذا ادعى الدائن عسر المدين، فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، و على المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها" .

و لو لم تلجأ التشريعات الى هذه القاعدة لتخفيف عبء الاثبات على الدائنين، لكان على هذا الأخير أن يثبت مقدار ما في ذمة مدينه من ديون، و مقدار ما لديه من أموال لكي يخلص من ذلك الى عدم كفاية أموال المدين لسداد ديونه [3].

و يفهم من نص المادة 193 مدني جزائري، أنه يقع عبء الاثبات على الدائن، لأن البينة على المدعي، و عليه أن يثبت ما في ذمة مدينه من ديون، و عند ذلك تقوم قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس على اعسار المدين، و ينتقل عبء الاثبات بفضل هذه القرينة الى المدين، فعليه بدوره أن يثبت أنه غير معسر، و ذلك باثبات أن لديه مالا يساوي قيمة الديون، أو يزيد عليها، فان لم يتمكن من اثبات ذلك اعتبر معسرا .

ثانيا: يشترط كذلك أن تظل حالة الاعسار قائمة حتى وقت رفع الدعوى، و هذا ما أطلق عليه "جوبيه"، في رسالته، اصطلاح "L'insolvabilité instance"، حينما فرق بينه و بين "l'insolvabilité acte"، و يعتبر أن "l'insolvabilité instance"

---

(1) و بهذا الصدد، يلاحظ "اسماعيل غانم"، المرجع السابق ص. 175 ف. 70، "أن شرط تسبب التصرف في اعسار المدين، أو في زيادة اعساره فيه غناء عن اشتراط كون التصرف مفقرا ذلك أنه لا يتصور أن يترتب على التصرف اعسار المدين أو زيادة اعساره الا اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزامه، و أن اشتراط كون التصرف مفقرا كان له استقلاله في ظل التقنين المدني المصري السابق حين كان معنى الافقار قاصرا على التصرفات التي تنقص من الحقوق" .

(2) أنظر ما يقابل هذه المادة في القوانين العربية الأخرى، ص. 87 هامش (3) من هذا البحث .

(3) "اسماعيل غانم" : المرجع السابق الذكر، ص. 175 .

هي احدى الشروط اللازمة لممارسة الدعوى البولصية[1]، ومعنى ذلك أن المدين اذا أصبح موسرا، كما لو تلقى ميراثا أو وصية الخ . . . ، فلا يكون للدائن الحق في أن يطعن في تصرف المدين الذي أدى الى عسره أو زيادته، ما دام قد حدث ما جعله موسرا فيما بعد لانعدام المصلحة في ذلك .

ولاثبات اعسار المدين يشترط أغلب الفقه لذلك مبدئيا، تجريد أموال المدين[2]، والتجريد هنا، هو وسيلة لاثبات اعسار المدين، ولهذا يقال أن الدعوى البولصية هي دعوى تكميلية "Action subsidiaire"، أي لا تعطى للدائن الا بعد أن يثبت أنه ليس للمدين مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه سوى الحق الذي تصرف فيه[3].

ويختلف التجريد هنا عن التجريد في الكفالة المنصوص عليه في المادة 661 م . جزائري في أنه في الكفالة، اذا لم يطلب الكفيل التجريد في أول الدعوى، سقط حقه ، واذا طلبه، فعليه أن يدل الدائن على مال للمدين يستطيع الرجوع عليه ، وأن يقدم المصروفات اللازمة لهذا الرجوع. أما في الدعوى البولصية، فان الذي يتلقى الحق عن المدين ليس ملزما بأن يدل الدائن على مال للمدين، ولا أن يقدم له مصروفات التجريد، كما يجوز له أن يطلب تجريد المدين في أية حالة كانت عليها الدعوى[4] .

---

(1) أنظر "جروبيه " : رسالته السابقة الذكر، ص. 87 ف. 20 ، اذ يلخص لنا ذلك بقوله أن : " L'insolvabilité acte "ليس الا نتيجة أو عامل لشرط الغش، وقد يكون هناك غش دون أن يكون هناك اعسار في حين أنه للنجاح في الدعوى البولصية لابد من وجود اعسار وبقائه الى وقت رفع الدعوى ، وهذا ما يسميه بـ l'insolvabilité - instance - وأن مبدأ ارتباط هذه الدعوى باثبات الضرر هو سبب وجود هذه القاعدة .

(2) أنظر "أوبرى و رو" : المرجع السابق، ص. 197 ، نص وملاحظة 11 و 12 ـ "ديمولمب" : المرجع السابق، ف. 179 ـ "بودري لاكنتيرى" ، ف. 653 ـ 655 مشار له في جيبيس كلاسيير : السابق الذكر، ص. 18 ف. 148 ـ أنظر عكس ذلك "ويل و تيرى" : المرجع السابق، ص. 928 ف. 2/871 .

(3) نص المادة 1/661 مدني جزائري : "اذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى أن أموال المدين تفي بالدين كله .

وتقابل هذه المادة، المواد 1/789 م . مصري ـ 1/755 م . سوري ـ 1/798 م . ليبي ـ (وكلها متطابقة مع نص المادة 1/661 م . جزائري) .

أما القانون المدني العراقي، فتنص المادة 1/1022 على ما يلي : "اذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من أموال المدين، وجب عليه أن يدل الدائن على هذه الأموال، وأن يقدم له مبلغا يكفي للوفاء بتكاليف الاجراءات". أنظر اشارة الى هذه المواد في "السنهوري" : الوسيط ج . 10 : التأمينات الشخصية و العينية، ص. 115 116 ف. 48 هامش (2) .

(4) أنظر "أوبرى و رو" : المرجع السابق، ص . ملاحظة رقم 12 ف. 313 ـ "ديمولمب" : المرجع السابق، ف. 182 ـ "السنهوري" : الوسيط ج . 2، ص. 1033 .

و يلاحظ أن تجريد أموال المدين ليس مطلوبا عندما يكون اعسار المدين شائعا[1] كما هي الحال في التسوية القضائية، أو تصفية الأموال حيث يكون الاعسار مفترضا، و تقدير ما اذا كان تصرف المدين هو الذي أدى الى اعساره أو الى زيادته من اختصاص قاضي الموضوع، و كذا فيما اذا كان الاعسار باقيا الى وقت رفع الدعوى، و لا رقابة لمحكمة النقض في ذلك، و انما تكون لها الرقابة للتحقق من أن هذين قد تثبتت منهما محكمة الموضوع كشرط في الدعوى البولصية[2].

و مما تقدم يبدو لنا أن الفكرة راسخة بصدد ضرورة اثبات اعسار المدين على أثر قيامه بالتصرف المطعون فيه، غير أن القضاء الفرنسي قد توسع في نطاق الدعوى البولصية، و جعلها تمتد حتى الى التصرفات التي لا تؤدي الى اعسار المدين، و انتقل النقاش لظهور رأي حديث ينزع الارتباط بين الضرر و بين اعسار المدين في بعض الفروض الخاصة، مثل حالة الحق الذي يضمنه شيء معين، أو حالة تقديم تأمين لضمان حق معين[3]، فمن قبيل الحالة الأولى الوعد بالبيع الذي سبق للمدين أن وعد به، و قد قبلت الدعوى البولصية في هذه الحالة، على الرغم من أن المدين الواعد موسر و ليس معسرا[4]، بل أن القضاء قد ذهب الى حد أنه قبل الدعوى البولصية ضد ناشر تعهد بطبع بعض الكتب عند أحد الطباعين، ثم باع محله التجاري ليتهرب من هذا التعهد[5].

و اذا أمعنا النظر في هذه الأمثلة السابقة، يبدو لنا أنه لا ضرر فيهما، اذ المفروض أن المدين مازال موسرا، غير أن هناك جانبا من الفقه في فرنسا، يميل الى اعتبار استحالة تنفيذ حق الدائن تنفيذا عينيا صورة من صور الاعسار في الدعوى البولصية، على اعتبار أن حق هذا الدائن قد تركز في العين التي تصرف فيها المدين، و أن من

---

(1) أنظر "مارتي و رينو": المرجع السابق، ف. 708 ــ "بلانيول و ريبير و ردوان": المرجع السابق، ف. 929 ــ

Cass. civ. 4 Avril .Bull.civ.III N°258 p.187..

وردت الاشارة الى ذلك في جيويس كلاسيوه السابق الذكر، ص. 18 ف. 151 .

(2) "السنهوري": الوسيط ج. 2، المرجع السابق، ص. 1033 .

(3) "جوويه": رسالته السابقة الذكر، ف. 263، و هذا ما تناوله تحت عنوان بعض الحالات للدعوى البولصية الخاصة في القسم الثالث من رسالته (تناول فيه الدعوى البولصية للدائنين الذين لهم حق الضمان الخاص المحدد).

(4) "ليموج" "Limogue" 5 جوان 1899 ــ نشر في سيريه 1901 عدد 2 برقم 113 ــ عرائض 12 جانفي 1926، نشر في سيريه 1926 عدد 1 برقم 183.

وردت الاشارة الى ذلك في بحث "سيناي"، السابق الذكر، ص. 189 هامش (2).

(5) باريس 19 ديسمبر 1866، نشر في دالوز الدوري 1963 عدد 2 برقم 156، أشار الى ذلك "ديموج"، السابق الذكر، ص. 517 ف. 1129 هامش (2)، و في بحث "سيناي": السابق الذكر، ص. 189 هامش (3) .

شأن هذا التصرف الاضرار به[1] .

و يميل "السنهوري" الى هذا الرأي مستندا في ذلك الى أن محكمة استئناف مصر قد قضت في هذا الصدد بأنه اذا تبين أن البائع باع الصفقة مرة ثانية بطريق التدليس وكان المشتري الثاني على علم بذلك و اشترك في التدليس بطل البيع الثاني[2] .

غير أن بعض الفقه المصري[3] يشك في أن يأخذ القضاء المصري بهذا الرأي خاصة و أن محكمة النقض المصرية ذهبت في كثير من أحكامها الى أن العبرة في التفاضل بين المشترين لنفس العقار بالاسبقية في التسجيل وحده ، و أن لا محل للاعتداد بتواطؤ المشتري الثاني مع البائع بل يجب تفضيله على المشتري الأول مادام قد سبق هذا الأخير في تسجيل عقده[4] .

هذا و يتخذ شرط الاعسار معنى جديدا في مجال الدعوى البولصية و ذلك في الحالات التي يكون فيها حق الدائن مضمونا برهن رسمي ، أو برهن حيازي ، أو بحق امتياز ، كما اذا كان للدائن رهن على عقار معين ، و باشر المدين على هذا العقار تصرفا من شأنه أن ينقص من قيمته ، كما لو أجره لمدة طويلة بأجر بخس ، فيكون للدائن الطعن في هذا التصرف حتى لو كان المدين موسرا ، فهنا ترفع الدعوى البولصية على تصرف المدين في العين التي خصصت لضمان حق الدائن ، و لو كان ما بقي من أموال في ذمة المدين كافيا لسداد حق الدائن[5] .

---

(1) أنظر "سيلى" : بحثها السابق الذكر ، ص. 189 ف. 13 ، حيث تقول "أنـــه يظهر أن التعويض المالي لا أهمية له لدى الدائن الذي يريد الحصول على تنفيذ عيني ، و هذا الفرق بين التعويض المالي و التنفيذ العيني هو الذي يمثل الضرر و أن الدعوى البولصية تصبح في مثل هذه الحالة وسيلة و جزاء على عدم تنفيذ الالتزام" .

(2) "السنهوري" : الوسيط ، ج . 2 ، السابق الذكر ، ص. 1030 ف. 588 هامش (4) .

(3) أنظر "عبد المنعم البدراوي" : المرجع السابق ، ص. 150 ـ "أنور سلطان" : المرجـــع السابق ، ص. 47 ف. 52 .

(4) أنظر في هذا المعنى ، نقض مدني 7 مارس سنة 1946 ، مجموعة 5 رقم 43 ، ص. 113 ـــ 27 يناير سنة 1949 ، مجموعة عمر 5 رقم 376 ، ص. 707 ـــ 29 مايو سنة 1952 ، مجموعة أحكام النقض 3 رقم 176 ، ص. 1138 .

أشار الى ذلك "السنهوري" ، في الوسيط ج . 2 ، السابق الذكر ، ص. 1031 .

(5) حكم محكمة استئناف باريس ، الصادر في 1937/07/23 ، السابق الذكر ، ص. 45 هامش (1) ، و حكم الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الصادر في 1941/12/19 ، المنشور في داللوز النقدي سنة 1942 ، ص. 65 ـ و في جوريس كلاسير الدوري ، سنة 1942 عدد 2 برقم 1809 مع تعليق للأستاذ "بيكي" " Bécque " ، مشار اليـه في جوريس كلاسير ، السابق الذكر ، ص. 18 ف. 154 .

و يرى البعض[1] أن الغش و التواطؤ المشترطين في جانب المدين و من تصرف له مجتمعين معا أن الطرفين أرادا بهذا التصرف أن يحرما الدائن من الحصول على حقه عينا، و لو أدى ذلك الى أن يحصل على تعويض .

بينما ترى "سيباى" ، أنه كان يكفي في مثل هذه الحالات رفع دعوى المطالبة بالتعويض عما أصاب الدائن من ضرر، و لم تكن هناك حاجة الى الدعوى البولصية، كما يقبلها القضاء الآن[2]

و نرى في هذه الحالات مع البعض[3] أنها تخرج من نطاق الدعوى البولصية و تدخل في نطاق قاعدة أعم قال بها الرومان ، و هي أن الغش يبطل كل شيء Fraus omnia Corrumpit التي يتسع نطاق تطبيقها أكثر من نطاق الدعوى البولصية، لأنه يستلزم الغش فقط .

و هناك من يذهب الى أن الدعوى البولصية، ما هي الا تطبيق لهذه القاعدة العامة، و هي أن الغش يبطل كل شيء[4] .

و قد سبق أن نبهنا الى أن الذى يهمنا في بحثنا هذا، هم الدائنون العاديون و ليس الدائنين الممتازين ، و على هذا الأساس نستطيع القول بأنه لا يكفي لممارسة الدعوى البولصية، أى ضرر مهما كان ، بل يجب أن نأخذ في الاعتبار فقط الضرر الذى يترتب عليه اعسار المدين ، أو زيادة اعساره ، و لكي يتحقق ذلك ، لابد من أن يكون التصرف الذى أبرمه المدين مفقرا سواء كان ذلك في صورة اخراج الحقوق من الذمة ، أو في صورة زيادة الالتزامات ، حتى لا تصبح هذه الصورة الأخيرة هي الطريق الذى يتبعه المدينون لغش دائنيهم، و لهذا جمعت قوانيننا بين الصورتين في اباحة الطعن فيهما بالدعوى البولصية، و بذلك تفادت حصر التصرفات التي يجوز الطعن فيها ، كما جاءت بها تقاليد الدعوى كقصرها على حالة اخراج حق من ذمة المدين .

---

(1) أنظر" السنهورى" :نظرية العقد ، ص، 788 هامش (2) ـ "بلانيول و ريبير و ردوان " ، المرجع السابق، ف، 937 و 938 ـ "جوويه" :رسالته السابقة الذكر، ف، 263، و ما يليها .

(2) أنظر "سيباى" : بحثها السابق الذكر، و هي تأمل من القضاء أن يعدل عن قبول الدعوى البولصية في مثل هذه الحالات، الا اذا كانت ذمة المدين في خطر باعتبارها الضمان العام لدائنيه، ص، 120 ف، 13 .

(3) أنظر "ديموج " :المرجع السابق، ص، 520، و هو يرى أن القضاء طبق في هذه الحالات قاعدة الغش يفسد كل شيء ـ و كذلك "أن الغش لا يستقيم مع قواعد القانون الصحيحة ."La fraude fait exception à toutes les règles ".

(4) أنظر "فيدال جوزى" :الغش في القانون الفرنسي المعاصر، رسالة من "باريس" ، في سنة 1957، ص، 218ـ219 .

هذا و قد أحسنت صنعا قوانيننا حينما حسمت الخلاف فيما يتعلق بحالة تفضيل المدين أحد دائنيه بالوفاء له أو منحه سببا من أسباب التقدم، و جعلتهما قابلين للطعن بالدعوى البولصية، و ان كانت قوانيننا قد ألقت على عاتق المدين عبئا ثقيلا ، اذ اشترطت صراحة لفظ التواطؤ، و ان كان الشراح قد رأوا أن معنى اشتراط القانون التواطؤ حتى لا يسرى الوفاء في حق باقي الدائنين اعطاء هذه الحالة(الوفاء بعد حلول الأجل) حكم المعاوضة (1) .

غير أننا نرى مع "مصطفى أحمد الزرقا " (2)، أن شرط اثبات التواطؤ يدل على أكثر ما اشترطته القوانين في تصرف المدين المعسر بطريق المعاوضة .

و نتيجة لهذه المساوئ للدعوى البولصية، كنا قد أخذنا على المشرع الجزائرى عدم تنظيمه للاعسار المدني ، لأنه من أهم مزايا هذا النظام، أنه بعد شهر اعسار المدين ، فكل تصرف يصدر منه سواء كان في صورة انقاص الحقوق، أو في صورة زيادة الالتزامات ، يكون غير سار في حق الدائنين ، و ذلك دون حاجة الى اثبات اعسار المدين ، و دون حاجة الى اثبات غش المدين أو غش من تصرف اليه المدين ، و لو كان التصرف معاوضة ، و فضلا عن ذلك ، فان أى تصرف يرمي به المدين الى تفضيل دائن على آخر، بالوفاء له قبل حلول أجل دينه، أو بعد حلول أجل دينه ، أو باعطائه ضمانا لدينه يكون غير نافذ في حق الدائنين الآخرين (3) .

و بهذا نكون قد انتهينا من دراسة الفصل الأول من الباب الثاني ، و هو مجال استعمال الدعوى البولصية ، و ننتقل الآن الى دراسة الفصل الثاني من هذا الباب ، و هو الذى يتناول شروط ممارسة الدعوى البولصية .

==================

(1) أنظر ما تقدم ص. 79 ، هامش (2) .
(2) "مصطفى أحمد الزرقا " :شرح القانون المدني السوري:نظرية الالتزام العامة، ج . 2، أحكام الالتزام في ذاته الطبعة الأولى 1964،ص. 141 ف. 87 .
و هذان التصرفان الوفاء، و منح الدائن سببا من أسباب التقدم، سوف نرجع الى دراستهما عند دراسة شرط الغش .
(3) أنظر "السنهورى" :الوسيط ج . 2، ص. 1232 ف. 708 .
و أنظر حكم هذه التصرفات في القانون التجارى، و لهذا يقال أن القانون التجارى عرف دعوى بولصية أدق من الدعوى البولصية في القواعد العامة. أنظر المادتين 247 و 249 ت.ج. ، و ما يقابلهما في القانون التجارى المصرى 227 و 228، و 29 ـ 31 3م ، فرنسي .

الفصل الثاني

شروط ممارسة الدعوى البولصية

تقتضي دراسة الدعوى البولصية هنا بعد دراسة مجال استعمالها أن نحدد الشروط الواجب توافرها لممارسة هذه الدعوى[1] سواء فيما يتعلق بأطراف التصرف (المدين والمتصرف اليه)، أو بحق الدائن أو بميعاد سماع الدعوى، وهذا ما نراه في ثلاث مباحث .

المبحث الأول: الشروط الواجب توافرها في أطراف التصرف .

المبحث الثاني: الشروط الواجب توافرها في حق الدائن .

المبحث الثالث: ميعاد رفع الدعوى البولصية (التقادم) .

==================

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها في أطراف التصرف (شرط الغش)

عرفنا أن الدعوى البولصية قامت في أصل نشأتها على مجازات غش المدين نحو دائنيه[2]، فهي تتطلب غشا من المدين " La fraus Créditorum "

ولكن الدعوى البولصية ، قد ترفع غالبا ، وخاصة ضد الغير الذى تعامل معه المدين المعسر، وبالتالي ، يثار التساؤل عن شرط الغش بالنسبة اليه ، أى بالنسبة الى الغير الذى تعامل معه المدين ، فهل يشترط فيه هو الآخر أن يكون مشتركا في الغش مع المدين " Consilium Fraudis " ؟

---

(1) أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في التصرف المطعون فيه ، فقد سبقت دراستها عند كلامنا عن مجال استعمال الدعوى البولصية (الفصل الأول) .

(2) راجع ما تقدم أصل الدعوى البولصية في القانون الروماني .

هذا، وقد تعرض حالات أكثر تعقيداً، اذ يجوز أن يكون متلقي المال ضمن المدين، قد تصرف فيه بدوره الى غيره، كما لو باع المدين عيناً، ثم باعها المشترى الى مشترٍ ثان، أو كما لو وهب المدين عيناً، ثم وهبها الموهوب له الى ثان أو باعها لمشترٍ، فما هو الحكم بالنسبة الى هذا المتصرف اليه (الخلف)، اذ يطرح مشكل الغش بالنسبة اليه هو أيضاً ؟

وعلى ضوء ذلك، ندرس مفهوم الغش بالنسبة الى المدين، و من تعامل معه المدين، ثم نتساءل عما اذا كان شرط غش المدين، و غش من تعامل معه المدين ضروريين في جميع التصرفات ؟ و هذا يقتضي منا التمييز بين التصرفات بعوض، و التصرفات بدون عوض .

و أخيراً، نتناول الحالة التي يتصرف فيها المتعامل مع المدين بدوره في المال الى شخص آخر" Sous-acquéreur ".

و قبل أن نتناول هذه المواضيع بالتفصيل، يبدو لنا، أنه من الضروري أن نمهد لدراسة الغش البولصي و للاشتراك فيه كشرط لاستعمال الدعوى البولصية بمقدمة في مفهوم الغش بوجه عام .

==========

المطلب الأول

مفهوم الغش بوجه عام

ان تحديد معنى الغش بدقة، سواء في مجال الدعوى البولصية أو غيرها ضمن المسائل التي شغلت الفقه منذ القدم[1]، ذلك أن الغش يتصل بوقفة نفسانية من الصعب التعرف عليها بأمارات خارجية، و المتفق عليه أن الغش عامل نفسي بحت[2] .

و قد حاول بعض الباحثين اعطاء مفهوم عام للغش قادر على أن يأخذ بعين الاعتبار كل الفروض[3] .

---

(1) أنظر "فيدال جوزى" Vidal José : الغش في القانون الفرنسي المعاصر، رسالة في سنة 1957، ص 121 .

(2) أنظر "جوبيه" : رسالته السابقة الذكر، ص 109 .

(3) أنظر "فيدال جوزى" : رسالته السابقة الذكر، ص 60، اذ يقول :

"La fraude est un acte de mauvaise foi, de tromperie. La mauvaise foi est le genre, la fraude n'est qu'une des espèces qui y ressortissent".

أنظر أيضاً، "جوسران" Josserand : البواعث في التصرفات القانونية

Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé, Paris 1928 P. 216

اذ يقول : "La fraude implique par définition une conscience suffisante de la situation, de la mauvaise action commise".

وردت الاشارة الى هذا الأخير في رسالة "فيدال جوزى"، السابقة الذكر، ص 121 .

و هكذا، فانه، مهما تعددت المحاولات لتعريف الغش، فانها لن تصل السى رأى مقنع على أساس صعوبة التمسك بهذا الركن، و هو الغش في الواقع المادى، باعتبار أن الغش هو أحد المواقف النفسية البحتة، أو الحالات النفسية التي تختلف دوافعها من شخص الى آخر .

و مادام يهمنا الغش في مجال الدعوى البولصية، فاننا نقتصر عليه، و قبل أن نتعرف على مفهومه في الفقه و القضاء و القوانين، يحسن بنا لكي نوضحه أكثر، أن نميز بينه و بين ما يختلط به في مجال العقد، أى ما يعرف باسم التدليس" Dol " .

ان لكل من الغش البولصي و التدليس صلة رحم بنظرية الغش بصورة عامة، و كلاهما تطبيق للنظرية العامة في الغش .

فالغش في الدعوى البولصية، غير التدليس الذى يعرف وفقا للمفهوم السائد فقهيا بأنه "ايقاع المتعاقد في غلط يدفعه الى التعاقد "(1) .

فالتدليس بهذا التحديد تلابسه طرق احتيالية، و يراد به خديعة أحد المتعاقدين، و يكون جزاؤه ابطال العقد لمصلحة المتعاقد المخدوع، و ذلك في التدليس عند تكوين العقد. أما الغش، فلا تصحبه طرق احتيالية، و لا يراد به خديعة أحد المتعاقدين و انما يقصد به الاضرار بحقوق الدائن، و لذلك يكون أثره عدم نفاذ العقد. كما أن الغش يكون عند تنفيذ العقد، أى يتم خارج دائرة العقد .

غير أن التدليس قد يوجد أيضا أثناء تنفيذ العقد، و يكون جزاؤه التعويض، و هو الذى يستخلص من نص المادة 2/182 مدني جزائرى التي يتضح منها قصر التعويض في غير حالتي الخطأ الجسيم و الغش على الضرر المتوقع(2) .

أما اذا كان هناك غش أو ما يعادله كالخطأ في جانب المدين، فان هذا الأخير يصبح مسؤولا عن الضرر غير المتوقع، فيكون التدليس هنا هو الخطأ العمدى للمدين الذى يرفض تنفيذ التزاماته (3) .

---

(1) "عبد الرزاق السنهورى" :الوسيط ج . 1، مصادر الالتزام، ص. 318 ف. 178 .

(2) يقابل المادة 2/182 م. جزائرى، المواد 221 م. مصرى ــ 1150 و 1151 م. فرنسي، و ان كانت المادة 1150 م. فرنسي لم تتعرض الا لغش المدين .

و تنص المادة 2/182 م. جزائرى على ما يلي : " غير أنه اذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " .

بينما تضيف المادة 1151 م. فرنسي لفظ "المباشر" .

(3) "فيدال جوزى" :رسالته السابقة الذكر، ... 60 .

و بهذا المفهوم للتدليس الذى يكون في مجال تنفيذ العقد، يصبح لفظ التدليس مرادفا للفظ الغش، و يختلط معه . و بهذا نستطيع القول، بأن المدين سيء النية الذى يرفض عمدا تنفيذ التزاماته، يكون قد ارتكب اما تدليسا أو غشا، الا أنه يمكن تمييز هما . فالغش عموما، يفترض سوء النية في استعمال المدين الخداع للتهرب من التزاماته، و بالعكس، فان التدليس بالمفهوم الوارد بالمادة 2/182 مدني جزائري، و ما يقابلها، هو كل خطأ عمدى في تنفيذ الالتزام . و بهذا المعنى، يكون التدليس هو الجنس الذى يكون الغش نوعا من أنواعه، و فرعا من فروعه[1] .

و من هنا، نستطيع أن نقول أن أمام المدين سيء النية طريقين للتهرب من تنفيذ التزاماته .

أولا : عدم تنفيذ الالتزام عن طريق خرق العقد .

ثانيا : عدم تنفيذ الالتزام عن طريق استعمال وسيلة غير مشروعة .

و نحتفظ باسم الغش لتحديد الطريق الثاني، و الأمثلة على ذلك كثيرة منها أن يلجأ المدين الى ابرام تصرفات جدية أو ظاهرية تؤدى الى اعساره بقصد التهرب من ملاحقات دائنيه، كمنحه هبة لأولاده، و غير ذلك من الأمثلة التي سوف نراها . و هذا هو الغش الذى يهمنا .

و على ضوء هذه المقارنة البسيطة بين التدليس و الغش، نخلص الى أن مفهوم التدليس ينحصر في مجال العقد سواء في تكوينه، أو في تنفيذه، و هو الاضرار بأحد المتعاقدين، بينما مجال الغش واسع جدا و يقصد به الاضرار بالغير . و هذا الغير، اما أن يكون دائنا لأحد المتعاقدين، كما في الدعوى البولصية، و دعوى الصورية، و اما أن يكون غير دائن يريد المتعاقدان الحاق الضرر به، بمحاولتهما التخلص من واجب عليهما نحوه، فتتعدد مواطنه كالغش نحو القانون . . الخ . . و بهذا فان مجال الغش لا يتحدد في نطاق العقد[2] .

و هكذا لم يصل الفقه الى تحديد معنى الغش بدقة، و مادام يهمنا الغش في مجال الدعوى البولصية، فنقتصر عليه، و نتساءل ما المقصود بالغش البولصي؟ فنتساءل عن مفهوم الغش بالنسبة الى المدين في الدعوى البولصية، و مفهوم الغش المتصرف اليه

---

(1) "فيدال جوزى" : رسالته السابقة الذكر، ... "Le dol est toute faute intentionnelle dans l'exécution du contrat .Il est le genre, dont la fraudeest l'espèce".

(2) أنظر "فيدال جوزى" : رسالته السابقة الذكر، ص 61 حيث يقول : "أن الغش يمكن أن يوجه ضد كل التزام محدد مهما كان مصدره" .

الأول أو الثاني "l'acquéreur ou le sous-acquéreur" خاصة اذا عرفنا ، كما يقول "السنهوري"[1] : "انه من الممكن تجميع شروط هذه الدعوى كلها في شرط الغش و أن هذا الأخير لا يتوافر في جانب المدين الا اذا تصرف تصرفا مفقرا يؤدى الى اعساره للاضرار بدائن حقه ثابت قبل هذا التصرف" .

الفرع الأول :

الفرع الأول

مفهوم غش المدين في الدعوى البولصية

اذا كان الاجماع منعقدا في الفقه و القضاء و القوانين على ضرورة وجود غش كشرط لممارسة الدعوى البولصية، و على أنه عامل نفسي بحت[2] ، فقد أثير الخلاف حول تحديد هذا العامل النفسي الذى يتشكل منه الغش ؟

و يمكن رد هذا الخلاف الى اتجاهين رئيسين ، أولهما يرى في الغش مجرد علم المدين بأن التصرف الذى يبرمه يسبب اعساره ، و لو لم يقصد بذلك الاضرار، و ثانيهما يتطلب نية الاضرار، و مسلك القضاء ، كما سنرى ، ليس واضحا ، غير أن أحدث القضايا تبدو مساندة للرأى الأول . كما أن هناك اتجاهات فقهية تحاول أن توفق بين هذين المفهومين .

و نلاحظ أن هذا الخلاف عرف في الفقه الفرنسي ، و هذا راجع الى أن المادة 1167م . فرنسي ، و هي الأساسية في مجال الدعوى البولصية ، ذكرت الغش دون أن تحدده و ذلك بخلاف الأمر في قوانيننا ، اذ اشترطت الغش و حددت المقصود منه في الدعوى البولصية ، و هذا ما سنراه في حينه .

و نتعرض على التوالي لهذين الاتجاهين في الفقه و القضاء ، و نحدد موقف قوانيننا من هذه المفاهيم .

---

(1) "السنهوري" : نظرية العقد ، ص . 796 هامش (4) .

(2) "ويل و تيري" : المرجع السابق ، ص 931 ف . 872/ ، "جوبيه" رسالته السابقة الذكر، ص . 199 ، و كل الفقه الفرنسي يعترف بأن الغش حالة نفسانية .
و من الفقه العربي ، نذكر : "عبد المجيد الحكيم" : المرجع السابق ، ف . 182 ، "أنور سلطان" : المرجع السابق ، ص . 49 ف . 53 ، حيث يقول : "أن الغش هو العامل النفسي الذى يدفع المدين الى اجراء التصرف المفقر الضار بدائنيه " .

أولا : الاتجاه القائل بأن الغش هو العلم بالضرر .

مقتضى هذا الرأي أن الغش البولصي هو علم المدين بالضرر الذى سيسببه لدائنيه ، فمجرد علم المدين بأن اقدامه لتصرف من شأنه أن يجعله في حالة العسر، أو يزيد في اعساره كاف لاعتبار المدين قد تصرف غشا [1]، وبهذا لا يعتبر الغش صادرا عن نية سيئة، وانما يعتبر حالة معنوية توافرت لدى المدين " état d'esprit " .

وأصحاب هذا الرأي ، استمدوا مفهوم الاجتهاد لدى الرومان ، اذ يكفي ، كما رأينا في القانون الروماني ، أن يكون المدين عالما عند التصرف ، أن تصرفه هذا يسبب اعساره ، ويترتب عليه الاضرار بحقوق دائنيه. فعلم المدين بالضرر قرينة على قصد الاضرار بدائنيه [2] .

وقد سايرت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في بعض أحكامها ، ومن ذلك حكمها الصادر في 1893 [3]. كما صاغت غرفة العرائض لنفس المحكمة في عام 1895 [4] نفس الفكرة بعبارات مختلفة. كما أن هناك حكما من محكمة "فيترى" Vitré " أيد هذا الاتجاه بعبارات قاطعة [5].

---

(1) أنظر "كولان وكابيتان " : المرجع السابق، ص 777 ف. 1371 ـ "ديموج " : المرجع السابق، ص. 409 ف. 1033 ـ "ستارك " : المرجع السابق، ف. 2599 ـ "ويل وتيرى " : المرجع السابق، ص. 930 ف. 872 .

(2) أنظر ما تقدم في باب أصل الدعوى البولصية وتطورها : "عمر ممدوح مصطفى " : المرجع السابق، ص. 456 ـ "صوفي حسن أبو طالب" : المرجع السابق، ص. 83 ـ "مونييه " : المرجع السابق، ص. 248 (موسوعة 42، 8، 17، 1) .

(3) الغرفة المدنية في 18 ديسمبر 1893 ، نشر في داللوز الدورى 94، 1، 263 ـ وفي سيريه 96، 1، 134، ويصرح هذا الحكم بأنه : "Qu'en général la fraude, au point de vue de l'Art. 1167, consiste dans la connaissance qu'avait le débiteur de la dette dont il était tenu et dans le fait par lequel, il se rend insolvable"

أشار إليه "جروبيه" في رسالته السابقة الذكر، ص. 112 هامش (1) .

(4) غرفة العرائض في 25 جوان 1895 ، نشر في سيريه عدد 1 برقم 491 ـ وفي داللوز 1895 عدد 1 برقم 486 ، حيث جاء فيه "Pour triompher dans l'action Paulienne, il faut prouver que l'acte dont on demande la révocation a rendu le débiteur insolvable ou a augmenté son insolvabilité, que le débiteur a eu connaissance de ce résultat et le tiers acquéreur à titre onéreux en a eu également connaissance".

أشار إليه "جروبيه " في رسالته السابقة الذكر، ص. 112 هامش (2) .

(5) محكمة "فيترى" ، 16 نوفمبر 1887 "بند" (Pand 88، 2. 26، وصرح هذا الحكم "بأن الغش يوجد في كل حالة يعلم فيها المدين أن تصرفه الذى أبرمه قد يؤدى الى اعساره أو يزيد في اعساره ، وأنه يسبب ضررا لدائنيه" .

وردت الاشارة الى هذا الحكم في رسالة "جروبيه " ، السابقة الذكر، ص. 112 هامش (3).

ثانيا : الرأى القائل بأن الغش يتطلب نية الاضرار .

ذهب البعض الى أن علم المدين بأن التصرف الذي يسبب اعساره لا يكفي لتوافر شرط الغش ، بل يجب أن تتوافر لدى المدين نية الاضرار" L'intention de nuire "(1) .

و يذهب "السنهورى" الى نفس هذا الرأى ، فيرى في الغش أنه نية الاضرار بالدائن ، و أن علم المدين بأن تصرفه يسبب اعساره اذا لم يعطو في ذاته على الغش ، فهو قرينة على الغش .(2)

و يبدو أن هذا الاتجاه قد لقي هو الآخر تأييدا من جانب القضاء الفرنسي و المصرى(3) . و نكتفي هنا بالاشارة الى حكم خاص من محكمة "باستيا" Bastia "صدر في سنة 1841(4) بأنه "يجب على الدائن طالب الدعوى أن يثبت أن التصرف المطعون فيه قد تم حقا بهدف حرمانه من حقه " .

و من هذا القبيل أيضا ما ذهبت اليه محكمة "دوى" Douai "(5) .

و قد حاول بعض الفقهاء أن يوفقوا بين هذين المفهومين المختلفين للغش ، فـ"أوبرى و رو" يفرقان بين التصرفات بعوض ، و التصرفات بدون عوض ، ففي الحالة الأولى فقط يشترط اثبات نية الاضرار . أما في الحالة الثانية ، فانه يكفي مجرد علم المدين بما سوف يسببه لدائنيه من ضرر بابرامه التصرف (6) .

---

(1) "ديمولمب" : المرجع السابق ، ف. 191 . "ريبر و بولنجيه" : المرجع السابق ، ف. 1411 ، و يدافع "جوسران" Josserand " : المحاضرات في القانون المدني الفرنسي ، الجزء الثاني ، سنة 1939 ، ف. 689 ، أشار اليه "ديموج" في مرجعه السابق الذكر ، ص. 409 هامش (3) ،)) عن هذا الرأى بقوله : "Que de la preuve de la connai--ssance, on conclut traditionnellement par présomption qu'il y a intention de nuire".

(2) أنظر "السنهورى" : نظرية العقد ، ص. 798 ف. 735 .

(3) استئناف مختلط في 15 مايو سنة 1945 م . 27 ص. 329 ، أشار اليه "السنهورى" في نظرية العقد ، ص. 798 هامش (4) .

(4) "باستيا" ، في 11 مايو 1841 ، موسوعة داللوز . أنظر الالتزامات ، ف. 965 ، أشار اليه "جروبيه" في رسالته السابقة الذكر ، ص. 114 هامش (1) .

(5) "دوى" ، في 26 فبراير 1850 ، داللوز 52 ، 2 ، 78 ، حيث جاء فيه ما يلي : "Attendu...que sans doute la dame M. parait n'avoir eu d'autre but que de nuire aux droits de ses créanciers".

ذكره "جروبيه" في رسالته السابقة الذكر ، ص. 114 هامش (2) .

(6) "أوبرى و رو" : المرجع السابق الذكر ، ف. 313 ، ملاحظة رقم 18 .

و يؤخذ على هذه التفرقة بأن ليس لها أساس من الصحة ، فالضرر الذى يصيب الدائن بسبب التصرف المشوب بالغش واحد ، سواء كان التصرف بمقابل أو بدون مقابل . و هذا التصرف في كلا الحالتين يستحق اللوم(1).

هذا ، و القضاء الذى كان مترددا بين المفهومين ، و الذى أبدى تأييده في أحدث قضاياه للاتجاه القائل بأن الغش هو العلم بما سوف يسببه التصرف من ضرر للدائن(2) ، لا يقدر الغش باختلاف طبيعة التصرف تبعا لما اذا كان بعوض أو بدون عوض . فهناك حكم حديث لمحكمة النقض صدر في 13 مارس 1973(3) ، لم يبد أى تحفظ عند تقريره ما يلي:

"Contrairement à ce que soutenait le pourvoi, la fraude prévue par l'Art.1167 du code civil, résulte de la seule connaissance qu'a eu le débiteur du préjudice qu'il causait au créancier en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité"..

و في ضوء القضاء الحديث ، يلاحظ "غستين " Ghestin "(4) أن هناك مفهومين للغش و ذلك حسب طبيعة الضرر . فاذا أدى تصرف المدين الى افقاره أي ترتب على تصرفه عسره أو زيادة عسره ، فيكفي لاعتبار المدين في حالة غش ، علمه بالضرر الذى يسببه تصرفه لدائنيه . أما اذا لم يؤد تصرف المدين الى حدوث افقاره أى بقي موسرا رغم التصرف . فالضرر هنا يكون غير واضح ، و يشترط لكي يعتبر المدين في حالة غش أن تتوافر لديه نية الاضرار .

---

(1) "ويل و تيرى" : المرجع السابق ، ص 931 ف 872 .

(2) نقض فرنسي في 28 أكتوبر 1942 ، نشر في داللوز مجموعة أحكام القضاء 1943 ، ص 18 ، و نشر في سيريه 1943 عدد 1 برقم 119 ، و في جيريس كلاسير الدورى 1943 عدد 2 برقم 31 ملاحظة " BéCQUE " ، أشار اليه "ويل و تيرى" ، السابق الذكر ، ص 930 هامش (4) .

(3) نقض فرنسي 13 مارس 1973 ، نشر في جيريس كلاسير الدورى 1974 عدد 2 برقم 17782 ، ملاحظة " Ghestin " النشرة المدنية عدد 1 ف 92 ص 86 ، ملاحظة " Loussouarn " مجلة ربع سنوية في القانون المدني سنة 1974 ، ص 805 ، و ما يليها . وردت الاشارة الى ذلك في جيريس كلاسير ، السابق الذكر ، ص 20 ف 171 .

(4) أنظر تحليل "غستين " للاحكام : مجلة الأسبوع القانوني 1974 جزء 2 ، 17782 . وردت الاشارة اليه في جيريس كلاسير ، ص 20 ف 175 (السابق الذكر) .

يملت مثل هذا التصرف من أي لوم، يجب ألا تجد هذه الدوافع في الوسط المـــدى تماوس فيه نشاطها أى عائق يزيحل آثارها، فمجرد علم المدين بأن التصرف المـــدى سيبرمه سوف يؤدى ــ في وقت قريب أو بعيد ــ الى اعساره بحيث سيصبح غير قـادر على تنفيذ التزاماته، يفترض أنه بشكل عائقا يزيل حدوث النتيجة، أى الى عدم ابـــرام التصرف، فيعتبر تصرفه حينئذ غير أخلاقي و مشوبا بالغش في مواجهة دائنيه .

و نخلص مما تقدم بدورنا الى محاولة التوفيق بين المفهومين السابقين للغـــش البولصي، مؤيدين الفقه[1] الذى يرى أن هذه المفاهيم للغش البولصي تعبر في الواقع عن تصور واحد للغش البولصي . فهذا الأخير يفترض دائما نية الاضرار، و هذه الأخيرة تكون مفترضة كلما كان المدين يعلم أن تصرفه يسبب اعساره، أو يزيد في اعساره، و بالتالي الاضرار بدائنيه، و يكون بالتالي علم المدين بأن تصرفه يسبب اعساره أو يزيد فيه، اذا لم ينطو في ذاته على الغش، قرينة على الغش، و هذا هو الرأى المتفق عليه منذ عهد الرومان الى وقتنا هذا[2]، و المسألة في الحقيقة، ليست مسألة اصطلاح يقصد به الى تحديد معنى الغش بقدر ما هي مسألة اثبات هذا الغش . فلو حددنا الغش بقصـــد الاضرار، و القصد مسألة نفسانية باطنية، لتعذر على الدائن اقامة الدليل عليه بخلاف ما لو حددناه بعلم المدين بما في تصرفه من ضرر لدائنيه، فنكون قد يسرنا على الدائن سبيل الاثبـــات، و هذا فعلا ما قصدته التشريعات العربية، و منها قانوننا المدني الجزائرى كما سوف نرى، فذهبت الى التيسير على الدائن في اثبات الغش و الاشتراك في الغش على أثر ما استحدثه التقنين المدني المصرى الجديد من تعديلات فـــي موضوع الدعوى البولصية .

و بعد أن فرغنا من عرض مختلف المفاهيم للغش البولصي في الفقه و القضاء، يحسن بنا أن نعرف موقف القوانين العربية ــ و منها القانون المدني الجزائرى ــ من هذه المفاهيم .

---

(1) "ألكس ويل و تيرى" : المرجع السابق، ص 931 ف. 872 ــ "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق، ص 260 ف. 930، حيث يقولون :

"Il y a tout au plus d'une notion à l'autre une différence de degré dans la précision du débiteur et dans le rôle qu'elle joue comme mobile de son acte. La connaissance du préjudice ne s'oppose pas en réalité à l'intention de nuire. Elle l'implique au contraire mais atténuée et obscurcie par d'autres pensées qui influent en même temps et peut être plus puissament qu'elle sur la détermination du débiteur".

(2) أنظر "السنهورى" : نظرية العقد، ص 799 ــ "اسماعيل غانم" : المرجع السابق، ص 175 ف. 71 ــ "أنور سلطان" : المرجع السابق، ص 49 ف. 53 ــ "عبد المجيد الحكيم" : المرجع السابق، ص 182 ــ "بلانيول و ردوان" : المرجع السابق، ص 260 ف. 930 .

ثالثا : موقف قوانيننا في هذه المفاهيم

نظرا لما أثاره مفهوم الغش البولصي من خلاف فقهي و قضائي في فرنسا[1] ، اتجهت القوانين العربية على غرار مما استحدثه المشرع المصري من تعديلات على قواعد هذه الدعوى[2] الى حسم المسألة بنصوص صريحة . فوفقا للمواد 1/192 مدني جزائري و 1/238 م . مصري و 1/264 م . عراقي و 1/241 م . ليبي و 1/239 م . سوري . يعرف الغش على أنه علم المدين باعساره اذ تقضي هذه المواد بما يلي : " . . . يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش ، أن يكون قد صدر من المدين و هو عالم بعسره " .

و ما نلاحظه على هذه المواد ، أنها حقيقة اعتبرت علم المدين باعساره قرينة على غشه ، و لكنها لم تنص على حالة علم المدين أن تصرفه سيؤدي الى اعساره ، و كان من اللازم أن تنص على هذه الحالة أيضا . و هذا ما يستنتج من نص المواد 191 مدني جزائري و 237 م . مصري و 263 م . عراقي و 240 م . ليبي ، و 238 م . سوري اذ تنص على أنه : " . . . و ترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة في اعساره " .

و على ضوء ما تقدم ، نخلص الى أن اجماع الفقه و القضاء و القوانين ينعقد على أن الغش البولصي يتمثل في علم المدين بما سوف يترتب على تصرفه من اعسار أو زيادته أي من ضرر لدائنيه[3] . و على هذا النحو كان القانون الروماني[4] ينظر الى الغش .

و على أساس هذا المفهوم الحديث للغش الذي هو العمود الفقري لممارسة الدعوى البولصية ، اذ صار يكفي أن يعرف المدين أن تصرفه ضار بدائنيه ، و لو لم تكن لديه نية الغش ، ذهبت "سيناي" الى القول بشأن الدعوى البولصية في هذه الحالة أصبحت صورة من صور دعوى المسؤولية"[5] . بينما ذهب "جروبيه " الى القول بشأن الدعوى البولصية تعتبر نوعا من التعسف في استعمال الحق . فالمدين الذي يبرم تصرفا ضارا بدائنيه ، يتعسف في استعمال حقه في ادارة أمواله بمطلق حريته[6] .

---

(1) و الذي أورث القانون المدني الفرنسي كل هذا الخلاف ، أنه عندما نظم الدعوى البولصية في مادة واحدة 1167 ، لم يحسم الأمر باعطاء مفهوم للغش ، و نفس الملاحظة توجه الى قانون الموجبات اللبناني الذي ساير القانون المدني الفرنسي في تنظيمه لهذه الدعوى بالمادة 278 موجبات ، و لم يعط هو الآخر مفهوما للغش في مادته هذه .

(2) أنظر ما تقدم : الدعوى البولصية في القانون المصري القديم و الجديد ، ص . 21 من هذا البحث .

(3) أنظر ما تقدم أن معظم الفقه العربي و الفرنسي وصل الى التوفيق بين مفهومي الغش و جعلوا من العلم بالاعسار أو زيادته قرينة على قصد الاضرار أي على نية الغش . و هذا ما انتهى اليه فعلا القضاء الحديث .
أنظر من القضايا الحديثة هامش (2) و (3) ، ص . 102 من هذا البحث .

(4) أنظر ما تقدم في أصل الدعوى البولصية و نموها في القانون الروماني .

(5) أنظر "سيناي" : بحثها السابق الذكر ص . 186 و هي من مناصري أن الدعوى البولصية دعوى تعويض أي مسؤولية . أنظر طبيعة الدعوى البولصية ص . من 30 ـ 34 . و من هذا الرأي أيضا "مارتي و رينو" : المرجع السابق ، ص . 732 ف . 711 ـ "فيدال جوزي" : رسالته السابقة الذكر ، ص . 136 .

(6) "جروبيه " : رسالته السابقة الذكر ، ص . 2 ف . 2 .

ونحن نؤيد هذا الرأي، وفقا لما انتهينا اليه من أن هناك اجماعا في الفقه والقضاء والقوانين على أن مجرد علم المدين بما سوف يترتب على تصرفه من اعسار قرينة على الغش، وهذا ما يستخلص صراحة من نصوص قوانيننا، كالمادة 192/1 مدني جزائري وما يقابلها في القوانين العربية[1].

وعلى هذا الأساس، نعتبر نص المادة 192 مدني جزائري، صورة من المادة 41/1 مدني جزائري[2] التي تنص: "يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال الآتية:
- اذا وقع بقصد الاضرار بالغير."

وبهذا، نعتبر الغش في الدعوى البولصية صورة من صور التعسف في استعمال الحق، وأن الدعوى البولصية وسيلة وضعتها القوانين في يد الدائنين لحمايتهم من تعسف مدينهم في استعمال حقوقه.

وبعد أن درسنا مفهوم الغش في جانب المدين، نتعرض الآن لمفهوم الغش في جانب من تصرف اليه المدين، اذ كما سبق أن قلنا، أن الدعوى البولصية غالبا ما توجه ضد من تصرف اليه المدين. ولهذا يثار التساؤل عن شرط الغش بالنسبة الى المتصرف اليه، اذا ما رفعت الدعوى البولصية ضده. فهل يشترط أن يكون هو الآخر مشتركا مع المدين في الغش؟ وإن اشترطنا ذلك، فما المقصود بالغش في جانبه؟

الفرع الثاني

مفهوم غش المتصرف اليه (الاشتراك في الغش).

قبل أن نحدد المقصود بغش المتصرف اليه، يحسن بنا أن نلفت النظر الى أن الشراح وفقهاء القانون اعتادوا أن يعبروا عن هذا الشرط بلفظ "التواطؤ". ونحن نرى مع "مصطفى أحمد الزرقا"[3]، أن من الأفضل صرف النظر عن هذا التعبير المألوف،

---

(1) أنظر المادة 192/1م.جزائري، وما يقابلها في القوانين العربية ص. 105 من هذا البحث.

(2) يقابل المادة 41/1م.جزائري في القوانين العربية المواد، 5م.مصري- 6م.سوري- 6م.ليبي- 7/1م.عراقي، ومما تجب ملاحظته أن نصوص هذه المواد وصفت استعمال الحق بأنه "استعمال غير مشروع" بخلاف المشرع الجزائري الذي وصفه بأنه "تعسفي".

(3) "مصطفى أحمد الزرقا": شرح القانون المدني السوري، جزء 2، طبعة أولى، أحكام الالتزام في ذاته، دمشق 1964، ص. 139 ف. 87.

و تعبر عنه بلفظ "الغش المشترك" "Complicité de fraude" خاصة اذا لاحظنا أن قوانين ، رغم شيوع لفظ "التواطؤ" ، لم تستعمله في جميع الحالات ، و انما استعملته في حالتين فقط ، و هما تفضيل المدين لأحد دائنيه ، سواء بالوفاء له ، أو بمنحه سببا من أسباب التقدم[1] ، بينما اكتفت في التصرفات الأخرى بالعلم بالاعسار . و هذا الاعراض من طرف القوانين ، لا يمكن أن يكون عبثا ، ذلك لأن لفظ "التواطؤ" يدل على أكثر مما يشترطه القانون في المادة 192[2] و ما يقابلها ، اذ يفيد معنى "الاتفاق على الغش بين المدين و المتصرف اليه" .

و بعد هذه الملاحظة ، نحدد المقصود بغش المتصرف اليه .

ان مفهوم غش المتصرف اليه كان محل خلاف هو أيضا ، و تضاربت الأحكام القضائية بصدده . فبعضها يكتفي بمجرد اثبات أن المتصرف اليه على علم باعسار المدين ، أي بالضرر الذي يسببه تصرفه المشوب بالغش لدائنيه[3] ، بينما بعض الاحكام الأخرى يستلزم ضرورة وجود اتفاق على الغش ، و يرفض قبول الدعوى البولصية اذا كان المتصرف اليه ، و لو أنه عالم بغش المدين ، يهدف من وراء تصرفه الى انقاذ مصلحة شخصية مشروعة[4] .

و لقد عرضت على الغرفة المدنية حديثا "دعوى تتعلق بمدين حول العقار لدائنيه حقا مضمونا برهن فأصدرت فيها حكما بتاريخ 1945/7/17[5] ، رفضت فيه قبول الدعوى البولصية لعدم اثبات الاتفاق على الغش بين المدين و بين دائنه المتصرف اليه ، على الرغم من أن هذا الأخير كان على علم باعسار مدينه" .

---

(1) هاتان الحالتان ، نصت عليهما المادة 196م . جزائري ، و تقابلهما في القوانين العربية ، المواد 242م . مصري ـ 243م . سوري ـ 269م . عراقي ـ و 245م . ليبي . و قد سبق لنا دراسة هاتين الحالتين في الفصل الأول من هذا الباب ، ص . من 78 الى 83 .

(2) قارن المادة 192م . جزائري و ما يقابلها مع المادة 196م . جزائري و ما يقابلها .

(3) عرائض 22 أوت 1882 ، نشر في سيريه 1883 عدد 1 برقم 25 ـ و في داللوز الدوري 1883 عدد 1 برقم 296 ـ "Montpellier" ، 7 جويلية 1932 ، نشر في داللوز 1933 عدد 2 برقم 97 ملاحظة "ناست" "Nast" . و وردت الاشارة الى نفس ذلك في جيريس كلاسيوه السابق الذكر ، ص . 192 ، ف . 22 .

(4) عرائض 6 ماي 1857 ، نشر في داللوز 1857 عدد 1 برقم 299 ـ عرائض 25 جوان 1895 ، نشر في سيريه 1899 عدد 1 برقم 491 ، و نشر أيضا في داللوز الدوري 1895 عدد 1 برقم 486 ـ أشارت لذلك "سيناي" في بحثها السابق الذكر ، ص . 188 هامش (2) .

(5) نشر هذا الحكم في جازيت دي باليه سنة 1945 عدد 2 برقم 143 . أشارت اليه "سيناي" في بحثها السابق الذكر ، ص . 188 هامش (3) .
وأنظر ص . 81 من هذا البحث .

وإذا تأملنا هذا الازدواج في مفهوم الغش، نجده ليس إلا ظاهرياً، وأن القضاء الفرنسي يلتقي مع القوانين العربية في مفهومه للغش المشترك، إذ نجد قوانينها تكتفي بالعلم بالاعسار فيما يتعلق بغش المتصرف إليه، وذلك في أي نوع من التصرفات بعوض، وهذا ما يستخلص من نص المادة 2/192[1] مدني جزائري التي تنص على ما يلي: "كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر". بينما تشترط بصريح النص لفظ "التواطؤ" بالمادة 196[2] مدني جزائري التي قضت بأنه "إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة".

إذا وفى المدين أحد دائنيه قبل حلول الأجل المضروب أصلاً للوفاء، فلا يسري في حق باقي الدائنين، وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء، ولو حصل بعد حلول هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه".

وعلى ضوء ما تقدم نتساءل، لماذا اكتفت القوانين، وكذا القضاء الفرنسي في مفهومها للغش، سواء بالنسبة إلى المدين أو المتصرف إليه في مفهوم العلم بالاعسار في أي نوع من التصرفات بعوض ضمنا، بينما اشترطت التواطؤ في الغش في تفضيل المدين لأحد دائنيه بالوفاء له أو بمنحه، سببا من أسباب التقدم[3].

لقد حاول الفقه شرح هذا المفهوم المزدوج للغش المشترك، بأن الدائن الذي يسعى إلى استيفاء دينه، أو تأمينه برهن يسعى إلى الحصول على حق له، ومن الأصول المقررة "أن من أخذ بحقه لا ينسب إليه غش"[4]. وبالتالي فإن المتصرف إليه فسي

---

(1) تقابل المادة 2/192 م. جزائري، المواد 2/238 م. مصري، 1/239 م. سوري، 1/264 م. عراقي، 1/241 م. ليبي (ويلاحظ أن هذه المواد نصت على غش المدين ومن تعامل مع المدين في فقرة واحدة، بينما المشرع الجزائري نص على كل واحد منهما في فقرة مستقلة.

(2) أنظر ما يقابل المادة 196 م. جزائري في القوانين العربية ص. 79 و82، هامش (1) في كلتا الصفحتين.

(3) قارن بالنسبة إلى القوانين التي حسمت المسألة بنص صريح، المادة 192 م. جزائري، وما يقابلها، بالمادة 196 م. جزائري، وما يقابلها. أما بالنسبة إلى القضاء الفرنسي قارن الأحكام المشار لها بالهامش (3) في ص. 107، وبين الحكم الموجود بالهامش (5) ص. 107.

(4) أنظر الدعوى البولصية في القانون الروماني: "صوفي حسن أبو طالب السابق الذكر، ص. 85 - حيث يقول أن القانون الروماني غلب تطبيق قاعدة "من أخذ بحقه لا ينسب إليه غش" التي تضمنها نص في الموسوعة (42، 8، 6، 6) وذلك في العصر العلمي حيث كانت وسائل حماية الدائنين تنحصر في الوسائل البريتورية (أنظر هذه الوسائل في أصل الدعوى البولصية في القانون الروماني، ص. ... إلى 10 من هذا البحث) فكان لا يجوز الطعن في استيفاء الدائن لديه إذا كان مستحق الأداء. أما إذا كان الوفاء قد حصل قبل حلول الأجل، فإن على الدائن أن يختصم من الدين ما يقابل الفوائد عن المدة الباقية لحلول الأجل. أما في عصر "جوستنيان" فقد غلب القانون الروماني قاعدة المساواة بين الدائنين وأباح الطعن في الوفاء وكذا في الرهن مع خلاف في الرأي.

حالة استيفاء حقه ، أو قبوله ضمانا لحقه ، لا يعتبر مشتركا في الغش الا اذا كان هناك "اتفاق بينه و بين المدين على الغش" فما لم يثبت هذا الاتفاق، فان المتصرف اليه يفترض أنه أبرم التصرف لتحقيق مصلحة مشروعة . أما كونه يعرف أن هذا التصرف يترتب عليه اعسار مدينه ، فان في ذلك حافزا له على حماية حقه [1]. بينما في أى نوع آخر من التصرفات ، فان مجرد علم المتصرف اليه بالضرر الذى سيلحق الدائنين الآخرين يكفي لقبول الدعوى البولصية .

و ترى "سيماى" [2]، أن سلوك الدائن الذى يسعى الى الحصول على تأمين من مدينه ، يضمن له استرداد حقه يعتبر سلوكه سلوك رب الأسرة الطيب "le bon père de famille" ، و لا يمكن أن يلام على ذلك ، و لا سبيل الى رفع الدعوى البولصية ضد هذا التصرف الا اذا ثبت اشتراك الطرفين في الغش .

و في رأيي ، أن الدائن الذى يستوفي حقه أو يرتب رهنا لضمانه ، لا يعتبر شريكا في الغش حتى لو علم باعسار مدينه ، اذ ذلك أنه يسعى الى غرض مشروع ، و هو الحصول على حقه . و اذا كانت قاعدة أن "من يأخذ بحقه لا ينسب اليه غش" ، قد تعارضت مع قاعدة المساواة بين الدائنين في الضمان العام في القانون الروماني ، ذلك أن هذا الأخير حرص على اعمال هذه المساواة بتقرير نظام تصفية أموال المدين المعسر بطريقة جماعية [3]، و هي لا تجد ما يعوق تطبيقها في ظل قوانيننا الحديثة ، اذ أن اجراءات الدعوى البولصية فيها فردية ، و بالتالي فان من حق أى دائن السعي شخصيا ، على مصالحه [4].

و على هذا الأساس ، لجأت قوانيننا الى حسم الوضع بالنسبة الى هاتين الحالتين بنص صريح قطعت به دابر كل خلاف أثير في القانون المدني الفرنسي و المصرى القديم و القانون الروماني ، فاشترطت الطعن في حصول الدائن على تأمين لحقه الذى نشأ عاديا ، أو قيام المدين بالوفاء له بحقه دون غيره من الدائنين صراحة لفظ "التواطؤ" ، و لم تكتف بالعلم بالاعسار مع التفرقة بين الدائن الذى حصل على تأمين لحقه بمقابل ، أو بدون مقابل ، أو الذى استوفى حقه قبل حلول الأجل أو بعد حلول الأجل [5].

---

(1) "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق ، ف. 943 - "ديمولمب" : المرجع السابق ، ف. 225 .
(2) "سيماى" : بحثها السابق الذكر ، ص. 188 ف. 11 .
(3) أنظر مميزات الدعوى البولصية في القانون الروماني ، ص. 10 من هذا البحث .
(4) و هذا لا يتعارض مع المادة 188 / 2م . جزائرى التي تنص على ما يلي : "و في حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون ، فان جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان" .
و يقابلها في القوانين الأخرى المواد 234 / 2م . مصرى - 2093م . فرنسي - 235 / 2م . سورى - 260 / 2م عراقي - 237 / 2م . ليبي - و في قانون الموجبات و العقود اللبناني ، المواد 268 - 271 و 275 . أشار كذلك "السنهورى" في الوسيط ج . 2 ، ص. 933 .
(5) أنظر هذين التصرفين في الفصل الأول من هذا الباب ص. 74 الى 83 ، و أنظر في هذا الفصل ص. 106 الى 109 .

و هكذا ، بعد أن فرغنا من تحديد مفهوم كل من غش المدين و غش من تصرف اليه بالمفهوم الذى انتهت اليه قوانيننا و الفقه و القضاء الفرنسيان و هو العلم بالاعسار ـ نتساءل فيما اذا كانا مطلوبين في تصرفات المدين جميعا ، أو أن هناك حالات لا يشترط فيها الغش سواء من جانب المدين ، أو من جانب من تصرف له المدين ؟

ان الاجابة عن هذا السؤال تقتضي منا التمييز بين التصرفات بعوض ، و التصرفات بدون عوض .

===========

المطلب الثاني

التفرقة بين التصرفات بعوض و التصرفات بدون عوض من حيث شرط الغش

اعتمدت جميع التشريعات لتحليل هذه الحالات التفرقة الجوهرية بين التصرفات بعوض و التصرفات بدون عوض من حيث ضرورة أو عدم ضرورة شرط الغش لنجاح الدعوى البولصية . و هذه التفرقة قد لجأ اليها فقهاء الرومان استنادا الى مبادئ العدالة(1).

غير أنه اذا كان الاجماع منعقدا في القوانين على ضرورة أن يكون ثمة غش من جانب المدين ، و غش من جانب من تصرف له ، فيما يتعلق بالمعاوضات ، فهناك اختلاف بين القوانين فيما يخص التبرعات .

و من هنا ، يظهر لنا وجوب التمييز بين حالتين :

ـ الأولى : أن يكون تصرف المدين بعوض / و الثانية أن يكون تصرف المدين بدون عوض أى تبرعا .

==== ====

---

(1) أنظر "صوفي حسن أبو طالب" : المرجع السابق الذكر ص ، 83 ـ و "عمر ممدوح مصطفى " : المرجع السابق الذكر ص ، 457 ـ و "عبد المنعم البدراوى" : المرجع السابق الذكر ف ، 597 .

الفـــرع الأول

حالة ما اذا كان تصرف المدين بعوض .

تتفق جميع القوانين عندنا[1]، في أنها تشترط اذا تصرف المدين للغير بعوض، أن يكون ثمة غش من جانب المدين، وغش من جانب المتصرف اليه بعوض ـ وفقاً للمفهوم الذى انتهت اليه القوانين والفقه الحديث، وهو العلم بالاعسار ـ مسايرة في ذلك القانون الروماني، وهذا ما استقر عليه الفقه في فرنسا أيضاً[2].

ان الأصل في عقود المعاوضة، أن الانسان يسعى من ورائها الى تحقيق منفعة مادية، اذ، كما أنها تتضمن اخراج حق من حقوق المدين، تتضمن في نفس الوقت ادخال مقابله. كما لو باع المدين عيناً من أمواله، فهو يقتضي الثمن مقابلاً لها. فكيف يبرر طعن الدائن في تصرف المدين هذا ؟

رأينا فيما سبق، أن الفقه يبرر الطعن في مثل هذه الحالة بأنه يجب افتراض أن الثمن كان بخساً، أو أن المدين استطاع أن يخفيه أو يبدده حتى لا يتمكن الدائن من التنفيذ عليه بحقه. ولكن رب سائل يتساءل كيف يقدم انسان عاقل على بيع عين له بألفين وهي تساوى خمسة آلاف، أو يشترى شيئاً بعشرة آلاف وهو يساوى ثلاثة آلاف. فماذا يريد هذا المدين بتصرفه من وراء صفقة خاسرة ؟ ما هي البواعث التي تقوده الى ابرام التصرفات المؤدية الى اعساره ؟

---

(1) تنص المادة 192/1م. جزائرى على ما يلي: "اذا كان تصرف المدين بعوض، فانه لا يكون حجة على الدائن اذا كان هناك غش صدر من المدين، واذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش......".

و تقابل هذه المادة في القوانين العربية، المواد 238/1م. مصرى ـ 239/1م. سورى ـ 264/1م. عراقي ـ 241/1م. ليبي ـ والمادة 278 موجبات لبناني، الا أن هذا الأخير استعمل لفظ التواطؤ، اذ تنص "...... غير أنه لا تصح اقامتها على الأشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل عوض الا اذا ثبت اشتراكهم في التواطؤ مع المدين......".

وما نلاحظه أن نص المادة 238م. مصرى، وما يقابلها في القوانين الأخرى، أدق في الصياغة من المادة 192م. جزائرى، اذ تنص المادة 238/1م مصرى على ما يلي: "اذا كان تصرف المدين بعوض، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش".

(2) بالنسبة الى القانون الفرنسي، فانه في مادته 1167، استعمل لفظ "الغش" بصورة مطلقة. ولهذا، فان شروط هذه الدعوى ... اجتهاد الفقه والقضاء.

انظر في ذلك، "ديمولمب": المرجع السابق، ف. 196 ـ "ديموج": المرجع السابق، ف. 1035 ـ "بلانيول وريبير وردوان": المرجع السابق، ص. 263 ف. 932 ـ "ماريتي وريلو": المرجع السابق، ف. 712 ـ "ويل وتيرى": المرجع السابق، ف. 856.

يحاول بعض الفقهاء ابراز مصلحة المدين الشخصية في التصرفات التي يجريها غشا لدائنيه، بقولهم أن هذا المدين يقصد بالتصرف الى الحصول على نقود يضعها بعيدا عن دائنيه [1]، وذلك اذا ما شعر أنه معرض لفقد كل ما يملك من أموال اذا ما اقتضاه دائنوه حقوقهم، فيعمد الى تصرف يهرب به من الوفاء لهؤلاء الدائنين أو بعضهم، وتهرب المدين من الوفاء بهدف تجنب أن يفقد كل ما يملك، لا يهمه، الا اذا رغب بوضع أمواله في مأمن يمنع وصول الدائنين اليها، فيعمد الى تهريب أمواله الظاهرة التي يسهل الحجز عليها كالعقارات وتحويلها الى نقود من السهل اخفاؤها من أعين دائنيه، كما قد يلجأ الى الاشتراك مع شخص آخر على أن يبيعه عينا بثمن باهظ، أو يقترض قرضا جديدا يزيد به في التزاماته، وهذه هي الطرق العادية التي يلجأ اليها المدين لتحقيق غرضه على الصورة السابقة، وهي ابرام تصرفات تنقص من حقوقه أو تزيد في التزاماته [2] للوصل بها الى تهريب أمواله .

من خلال ما تقدم، نلاحظ أن قصد المدين من هذه التصرفات، هو الوصول الى حرمان الدائنين من استيفاء حقوقهم أو جزء منها، عند حلول أجلها، اذا حاولوا ذلك بالتنفيذ على أمواله .

وفي هذه الأمثلة المتقدمة، هناك سؤال وجيه يتعلق بالمتعامل مع المدين، فيما يخص التصرفات التي يزيد بها المدين في التزاماته، اذ، كما سنرى، أن القوانين تشترط للطعن في تصرفات المدين التي تزيد في التزاماته، كبيعه عينا بثمن باهظ، أو عقده قرضا جديدا، أن يكون المشتري أو المقرض عالما باعسار المدين . ولهذا، فكيف يمكن أن نتصور أن شخصا عاديا، يقوم بمساعدة المدين على غش دائنيه، باقراضه قرضا أو شرائه عينا بثمن باهظ مع علمه باعساره، أي مع علمه بأنه لن يستوفي حقه كاملا، لأنه سيدخل مع دائنيه آخرين في اقتسام أموال المدين التي لا تكفي لحقوقهم جميعها .

لنفترض أن كلا من المدين والمتصرف اليه قد أقدم على مثل هذه التصرفات، فاننا في هذه الحالة، نقطع دابر كل شك، أن كل واحد منهما يهدف من وراء تصرفاته الى تحقيق غاية، ولو على حساب صفقة خاسرة . فاذا أراد الدائن أن يطعن في مثل هذه التصرفات التي تمت في ظروف غير عادية، حتى لا تسري في مواجهته، فماذا يجب أن يفعل ؟

---

(1) "عبد المجيد الحكيم" : المرجع السابق، ف. 135 – "مازو" : المرجع السابق، ص. 1025 ف. 982 – أنظر فيما يتعلق بما قاله "مازو" في هذا الشأن، ص. 56 هامش (2) من هذا البحث

(2) قد سبق أن رأينا أن قوانيننا وسعت في نطاق الدعوى البولصية، وجعلتها تمتد الى التصرفات التي يزيد بها المدين في التزاماته، وبالتالي، فان شراء المدين لعين بثمن باهظ أو عقده قرضا جديدا يجوز للدائن الطعن فيهما بالدعوى البولصية .

أوجبت القوانين على الدائن، اذا أراد أن يتمسك بعدم نفاذ هذه التصرفات في حقه أن يثبت غش كل من مدينه، و غش من تصرف اليه، لأن الأصل في المعاوضات هو تحقيق منفعة مادية، و الاستثناء هو أن يقصد من ورائها الاضرار بالغير، و لما كانت العبرة بالأصل، أي يجب أن نأخذ الأمور كما تقضي به ظواهرها، فعلى من يدعي خلاف هذا الظاهر أن يثبته. و قد سبق أن وضحنا عندما تكلمنا عن مفهوم غش المدين، و غش من تصرف اليه المدين، أن المسألة ليست مسألة اصطلاح، بقدر ما هي مسألة اثبات،

اثبات الغش:

طبقا للقاعدة العامة التي تقضي بأن البينة على من يدعي Actori incumbit probatio "، يقع عبء اثبات غش المدين، و غش من تصرف له المدين على الدائن، لأن حسن النية مفترض حتى يثبت العكس.

و قد يتساءل سائل: كيف يتسنى للدائن اثبات الغش و الاشتراك في الغش، و هذان عاملان نفسيان من الصعب الوصول اليهما ؟

حقيقة أن الغش و الاشتراك في الغش، ليسا من الأمور اليسيرة، لاقامة الدليل عليهما، اذ يقتضي الدليل عليهما التعمق في البحث عن العلاقات الشخصية بين المتعاقدين (المدين و المتصرف اليه)، و عن المصلحة التي يريد أن يجنيها المتصرف اليه من قبوله التعاقد مع المدين. و لو كان اثبات الغش في الدعوى البولصية، يتطلب البحث عن هذه الأمور، لقلت أهمية هذه الدعوى من الناحية العملية. و لكن كما رأينا أن الغش في الدعوى البولصية، يقصد به، فيما أخذ به المشرع الجزائري و التشريعات العربية، و فيما انتهى اليه الفقه و القضاء الحديث في فرنسا، قصد الاضرار بالدائنين، أي قصد الوصول الى حرمان الدائنين من استيفاء حقوقهم، اذا حاولوا التنفيذ على أمواله، و ثبوت علم المدين باعساره القائم وقت التصرف، أو الاعسار الذي يترتب على التصرف الذي يبرمه، قرينة على قصد الاضرار[1]، و قبول المتعامل مع المدين على التصرف معه، رغم علمه بظروف اعساره، و قصده غش دائنيه، كاف لفرض الغش في جانبه هو أيضا. و هذا ما نصت عليه المادة 192/1و2[2] مدني جزائري السابقة الذكر، بقولها: " ... يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين، و هو عالم بعسره.

ــ كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين، اذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر ".

---

(1) و هذا هو الرأي المتفق عليه. أنظر ص 104 هامش (2).

(2) أنظر ما يقابل المادة 192/1م جزائري في القوانين العربية ص 105 ــ و ما يقابل المادة 192/2م جزائري، ص 108 هامش (1).

ومما هو جديد بالملاحظة أن القانون المدني العراقي في المادة 1/264[1]، قد نص على قرينة أخرى، على علم من صدر له التصرف بغش المدين، وهي حالة ما اذا كان ينبغي أن يعلم ذلك "[2].

ويتضح مما تقدم، ومن المادة 1/192 مدني جزائري، وما يقابلها في التشريعات العربية، أنه اذا كان التصرف الذي أبرمه المدين معاوضة، سواء في صورة اخراج حق من ذمته، كبيع مثلاً، أو في صورة زيادة التزاماته، كعقده قرضا جديداً، أو شرائه عيناً بثمن باهظ، وجب أن يكون هذا التصرف منطويا على غش من المدين، وغش من صدر اليه التصرف كالمشتري أو المقرض الخ . . . فاذا طعن الدائن في هذه التصرفات بالدعوى البولصية، وجب عليه، لكي ينجح في طعنه، أن يثبت غش المدين، وغش من تصرف له . . . وليس هذا بالأمر الصعب على الدائن بعد أن عمدت قوانيننا الى الأخذ بأسباب التيسير في مسائل الاثبات، وذلك باقامة قرائن قانونية[3] لتيسير اثبات الغش، ولولا هذه القرائن، لتعذر الاثبات الى درجة الاستحالة، وتصبح الدعوى البولصية مجرد أداة سلبية لا أهمية لها، وهذه القرائن القانونية تنحصر في أن الدائن مكلف فقط باثبات أن المدين وقت أن صدر منه التصرف، كان يعلم أن هذا التصرف، سوف يؤدي الى اعساره، وأن من صدر له التصرف، يعلم ذلك أيضا[4].

ويستخلص هذا العلم من بعض القرائن القضائية[5]، كما لو تصرف المدين لأحد أقاربه أو لولده أو لزوجته[6]، ولم يكن لمن تصرف له مال ظاهر يقوم معه احتمال جدي

---

(1) تنص المادة 1/264 م. عراقي على ما يلي : "اذا تصرف المدين بعوض، يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطويا على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، ومجرد علم المدين أنه معسر كاف لافتراض وقوع الغش منه، كما يفترض علم من صدر له التصرف بغش المدين، اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر، أو كان ينبغي أن يعلم ذلك " .

(2) "عبد المجيد الحكيم" : المرجع السابق، ف. 17 .

(3) "ان القرينة القانونية، هي وسيلة يهدف بها المشرع الى اثبات واقعة غير معلومة، ولم يقم أي دليل على ثبوتها بالاستناد الى أمور أخرى ثابتة" .

أنظر في هذا التعريف "بكوش يحيى" : "أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، 1981، ص. 357 .

(4) استئناف مختلط 31 ديسمبر 1928 م 41، ص. 151 ـ 9 فبراير 1937 م 49، ص. 104 ـ 25 يناير 1940 م 52، ص. 105 . أشار الى ذلك "السنهوري" : "الوسيط ج. 2، السابق الذكر، ص. 1037 هامش (3) .

(5) يعرف "بكوش يحيى" في كتابه السابق الذكر، ص. 195، القرائن القضائية بأنها "النتائج التي يستخلصها القاضي، ويحكم بثبوتها من وقائع أو أمارات معلومة، ومعروضة عليه لاثبات الواقعة المتنازع فيها" .

(6) "السنهوري" : الوسيط ج 2، السابق الذكر ص. 1036 ف. 591 .

بأنه دفع الثمن [1]. كذلك من القرائن المؤكدة و المحتملة للغش السرعة التي يتم بها التصرف، و كذا تفاهة الثمن الذى تم به البيع [2].

و اذا توصل الدائن الى اثبات علم المدين باعساره، قامت قرينة قانونية على غش المدين، و لكنها قرينة بسيطة يستطيع المدين نقضها بالدليل العكس، كأن يثبت أنه على الرغم من علمه باعساره، فانه لم يقصد الحاق الضرر بالدائن.

و ما يسلم به الفقه [3]، و يأخذ به القضاء في فرنسا و مصر [4]، من أن تصرف المدين المعسر الذى يعلم باعساره، و هو يعتقد أن ذلك يسبب رواج أعماله، و عودته الى اليسار، رغم أنه تصرف ضار، لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية على أساس عدم توافر الغش، و يؤخذ بهذا الحكم أيضا، اذا كان التصرف تلبية لواجب أدبي، أو للحصول على ما يقوم بحاجات المعيشة مع الاعتقاد بأن الاعسار مؤقت سوف يؤول الى زوال [5].

هذا فيما يتعلق بالمدين. أما المتصرف اليه، فاذا ادعى هو الآخر خلاف الظاهر، فعليه أن يثبت العكس، أى أنه على الرغم من علمه باعسار المدين، كان حسن النية، و كان يجهل أن المدين بتصرفه، يقصد الاضرار بدائنيه، كأن يكون التصرف الصادر من المدين، ليس الا تصرفا مألوفا تقتضيه صيانة تجارة المدين أو زراعته أو صناعته [6].

و لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة لتقدير ما اذا كان التصرف باعثه الغش أو لا، و هذه السلطة [illegible]

---

(1) أنظر حكم من محكمة " Strasbourg "، 9 نوفمبر 1951، دالوز الدورى 1952، ص. 313. وردت الاشارة له في جيريس كلاسير، السابق الذكر، ص. 20 ف. 176.

(2) نقض فرنسي 30 جانفي 1900، دالوز الدورى 1900، عدد 1 برقم 166. نقض 18 نوفمبر 1946، نشر في جيريس كلاسير الدورى 1947 عدد 2 برقم 4014 و في سيريه 1948 عدد 1 برقم 62. وردت الاشارة الى ذلك في جيريس كلاسير، ص. 20 ف. 175.

(3) من الفقه العربي، "عبد السلام ذهني": الالتزامات، ف. 346، أشار الى هذا المرجع "السنهورى": في الوسيط، ج. 2، ص. 1037 هامش (1) - "عبد المجيد الحكيم": المرجع السابق، ف. 189.

و من الفقه الفرنسي، أنظر "بلانيول و ريبير و ردوان": السابق الذكر، ص. 260.

(4) من أحكام القضاء المصرى، استئناف مختلط 31 ديسمبر 1896 م 9 ص. 101 - 18 مارس 1915 م 18 ص. 227. أشار لذلك "السنهورى"، الوسيط ج. 2، ص. 1036 هامش (1).

و من أحكام القضاء الفرنسي، أنظر "جورج ريبير": القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية، ص. 317 و 313 مع المراجع و الأحكام المشار اليها في ص. 318. أشار الى ذلك "عبد المجيد الحكيم"، المرجع السابق، ص. 110.

(5) أنظر "السنهورى": الوسيط ج. 2، السابق الذكر، ص. 1036 - و نظرية العقد، ف. 735 - "عبد المجيد الحكيم": السابق الذكر، ف. 189.

(6) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية، ج. 2، ص. 632 و 633، حيث جاء فيهما "أن حسن النية يفترض في جانب المدين فيما يعقد من التصرفات العادية التي تقتضيها صيانة تجارة المدين أو زراعته أو صناعته ".

المحطاة لقضاة الموضوع لتقدير ذلك، قد أكدتها أحكام حديثة[1] .

و على ضوء ما تقدم، نخلص الى القول بأنه اذا كان الدائن يطعن في تصرف بعوض، و أراد أن يتمسك بعدم نفاذه في مواجهته ، فيجب عليه للنجاح في طعنه ، أن يثبت غش كل من المدين، و غش المتصرف اليه، و يكفي ، لكي يصل الى ذلك ، أن يثبت أن مدينه تصرف و هو عالم بأن هذا التصرف يؤدي الى اعساره ، أو زيادة اعساره . و أن من صدر له التصرف ، كان على علم بظروف اعسار المدين و قصده غش دائنيه . و اذا تمكن الدائن من اثبات ذلك ، يفترض حينذاك الغش في جانب كل من المدين و المتصرف اليه ، حتى يثبت أي منهما عكس ذلك . و يكون الاثبات، سواء من طرف الدائن ، أو المدين أو المتصرف اليه ، بكافة طرق الاثبات بما في ذلك البينة، و شهادة الشهود و القرائن[2] لأن الغش واقعة مادية .

الفرع الثاني

حالة ما اذا كان تصرف المدين تبرعا .

اذا تصرف المدين تصرفا بدون عوض ، فهل يلزم الدائن للنجاح في طعنه بالدعوى البولصية، أن يثبت غش المدين ، و غش من تلقى عنه الحق ؟

قد أثارت هذه المسألة خلافا في فرنسا من حيث ضرورة وجود غش من جانب المدين أو لا في التبرعات. و الذي أورث القانون المدني الفرنسي هذا الخلاف، أنه في مادته الوحيدة 1167 ، اشترط الغش بعبارة مطلقة ، و لم تميز بين التصرف بعوض ، و التصرف بدون عوض ، و لم يظاهر واضعو القانون الفرنسي نواياهم بهذا الصدد[3] .

غير أن هناك تطبيقات للدعوى البولصية جاءت خالية من شرط الغش[4] فاستند اليها رأي في فرنسا[5] ، و ذهب الى أن التبرع لا يشترط فيه الغش في جانب المدين ، لأن التبرع في ذاته قرينة على هذا الغش .

---

(1) Cass.civ.I 18 février 1971,Bull civ.I,n°56 p.47--19 juin 1973,Bull civ.I n°207 p.183.J.C.P 73 ed.GIV.295.

وردت الاشارة الى ذلك في جيريير كلاسيير السابق الذكر، ص. 21 ف. 179 .

(2) أنظر في تفصيلات ذلك : مجمل الأحكام و القرائن القضائية التي أشار اليها "السنهوري" في الوسيط ، ج . 2 ، السابق الذكر، ص. 1038 هامش (1) .

(3) أنظر "كولان و كابيتان" : المرجع السابق، ص. 777 ف. 1371 ـ "ريبر و بولانجيه" : المرجع السابق، ص. 530 ف. 1412 .

(4) و قد تقدم ذكر هذه التطبيقات ، و تتمثل في المواد 622م . فرنسي (المتعلقة بتنازل المنتفع عن حق الانتفاع)، و 788م . فرنسي (المتعلقة بتنازل الوارث عن الميراث) ، و 1053م . فرنسي (المتعلقة بتنازل الموهوب له عن الهبة لمن يحل بعده فيهما) . و هذه النصوص اقتصرت على شرط وجود ضرر للدائن و لم تشر اطلاقا الى الغش .

(5) أنظر "أوبري و رو" : السابق الذكر، ص. 202 ف. 313 هامش (13) .

و اذا كان جانب من الفقه يتجه الى قصر تطبيق هذه القاعدة على التنازلات فقط[1]، فان "أوبرى و رو"[2] يقولان بتعميم هذه القاعدة و جعلها تشمل جميع التبرعات مستندين الى حكم المادة 2225[3] مدني فرنسي، فيقولان "اذا كان يفترض الطعن في مثل هذا التنازل الذى لا يشكل تبرعا خالصا لمجرد أنه تم بدون عوض، و اضرارا بحقوق الدائنين، فمن غير المعقول، ألا نطبق نفس الحكم بالنسبة الى الهبات بالمعنى الحقيقي " و يستمران، فيقولان "أننا لا نرى لماذا يجب أن يكون قبول الدعوى البولصية متوقفا على غش المدين، لأنه حتى في الحالة التي يكون فيها هذا المدين حسن النية، فان المتصرف اليه الذى يسعى الى نيل كسب يختص على حساب الدائن الذى يسعى لدفع الضرر"[4].

و على الرغم من أن هذا الرأى الذى سلم به القضاء القديم[5]، لم يسد لا في الفقه، و لا في القضاء الفرنسيين حديثا[6]، فقد كتب له النجاح في ظل القوانين العربية -ومنها القانون المدني الجزائري- التي ميزت بين المعاوضات و التبرعات ولم تشترط في هذه الأخيرة، لا غشا من المدين، و لا ممن تعامل معه، بل جعلت طبيعة التصرف وحدها في التبرعات قرينة على هذا القصد، و هذا ما سنراه في حينه.

---

(1) "ديرانتون Duranton": الطبعة السادسة، ف. 511، و الطبعة العاشرة، ف. 567. مشار اليه في كتاب "لاروميير"، السابق الذكر، ص. 224.
و من هؤلاء الفقهاء أيضا "Colmet De Sauterre"، طبعة 5 ف. 82، مشار اليه في كتاب "أوبرى و رو"، السابق الذكر، ص. 202.

(2) "أوبرى و رو": السابق الذكر، ص. 203 ف. 313.

(3) أنظر نص هذه المادة، ص. 66 هامش (1) من هذا البحث.

(4) "أوبرى و رو": المرجع السابق، ص. 203 ف. 313، ملاحظة رقم 13، حيث يقولان: "Les tiers qui,certat de lucro captando,ne s'en enrichiraient pas moins aux dépens des créanciers,qui certat de damno vitando".

(5) "رين Rennes" في 6 أفريل 1875، داللوز 1877 عدد 2 برقم 137. و في سيريه 77 عدد 2 برقم 269 وردت الاشارة اليه في جيجير كاسيره، ص. 20 ف. 165.

(6) أنظر "كولان و كابيتان": المرجع السابق، ص. 777 ف. 1271 - "ديموج": المرجع السابق، ص. 425 ف. 1045 - "بلانيول و ريبير و ردوان": السابق الذكر، ص. 262 ف. 931 - "ريبير و بولانجيه": المرجع السابق، ص. 530 ف. 1412 - "مارتي و رينو": المرجع السابق، ص. 731 ف. 10.. - "ويل و تيري" المرجع السابق، ص. 932 ف. 873.
يتفق هؤلاء الفقهاء على ضرورة وجود غش من جانب المدين حتى في التبرعات، و من أحكام القضاء الفرنسي، نذكر حكم 19 جوان 1901، نشر في داللوز الدوري 1901 عدد 1 برقم 517. أشار الى ذلك "مارتي و رينو": المرجع السابق، ص. 732 هامش (2).

والرأي السائد في فرنسا، هو اشتراط غش المدين حتى في التبرعات، ويذهب أنصار هذا الرأي لدحض ما استند اليه الرأي القائل بعدم ضرورة شرط الغش في التبرعات[1]، الى أن المشرع الفرنسي، قد أغفل حقيقة ذكر شرط الغش في المواد 622، 788، و 1053 مدني فرنسي، السابقة الذكر، وهذا راجع الى أن تاريخ وضع هذه المواد جرى قبل صياغة المادة 1167م. فرنسي، وفي وقت لم يكن المشرع الفرنسي قد وضع فيه الشروط المطلوبة لممارسة الدعوى البولصية. الا أنه عندما وصل الى المادة 1167، وهي النص الأساسي في موضوع الدعوى البولصية، اتخذ موقفا واضحا، فاشترط الغش بعبارة مطلقة[2] .

ونلاحظ أن ما أبداه الفقه الحديث من ملاحظاته يعتبر جازما في الموضوع، اذا قابلنا بين النصوص السابقة[3] التي أثارت هذا الخلاف، وبين نص المسألة قمة القديمة 1464م. فرنسي[4] الموضوعة بعد المادة 1167م، فرنسي .

ونخلص مما تقدم، الى أنه، رغم الخلاف الذى أثارته المواد المذكورة، والتي استند اليها بعض الفقه للقول، بأن الغش مشترط في المعاوضات دون التبرعات، فان الصحيح هو ما استقر عليه الفقه، والقضاء الحديث، متبعا في ذلك، اجتهاد فقهاء الرومان والقانون المدني الفرنسي القديم الذى يشترط ضرورة غش المدين في جميع تصرفاته، سواء ما كان منها بعوض أو بدون عوض[5]، وبهذا الرأى، أخذ القانون اللبناني أيضا[6] .

---

(1) أنظر ص. 116 من هذا البحث .

(2) أنظر "ريبر وبولانجيه"، السابق الذكر، ص. 530 ف. 1412.ـ "بلانيول و ريبر" : المرجع السابق، ص. 262 ف. 933.ـ "مارتي و رينو" : المرجع السابق، ص. 232 ف. 710.ـ "ويل و تيرى" : السابق الذكر، ص. 933 ف. 872.ـ "ديموج" : السابق الذكر، ص. 426.ـ "كولان وكابيتان" : المرجع السابق، ص. 777 ف. 1471 (ويلاحظ هؤلاء الفقهاء أن واضعي القانون المدني، أثناء وضعهم النصوص المشار اليها سلفا، لم يحسنوا صياغة العبارة الرومانية "Inprae judicuium" المقابلة لها في المواد المذكورة "Au préjudice des droits des créanciers" التي تدل في الواقع على قصد الاضرار "en vue du préjudice" فاشترطت بهذا الغش.

(3) وهي المواد 622، 788، 1053 و 2225م. فرنسي، السابقة الذكر.

(4)ـ والمادة 1464م. فرنسي، تتعلق بتنازل الزوجة من الحق في شركة الزواج والتي اشترطت صراحة الغش حيث تنص على ما يلي: "Les créanciers de la femme peuvent attaquer la renonciation qui aurait été faite par elle ,ou par ses héritiers en fraude de leurs créances"..

ومما هو جدير بالملاحظة، أن هذه المادة قد ألغيت بموجب قانون 13 جويلية 1965 ـ أنظر في هذا "ويل و تيرى" : السابق الذكر، ص. 933 هامش (1).

(5) أنظر جميع الفقهاء المشار اليهم في الهامش (2) .

(6) أنظر، الدعوى البولصية في القانون اللبناني : "صبحي المحمصاني" في آثار الالتزامات في القانون المدني اللبناني، ص. 61ـ67. أشار اليه "السنهوري" في الوسيط، ج 2، السابق الذكر، ص. 1008 هامش (2) .

و اذا رجعنا الى القوانين العربية لمعرفة موقفها من هذه المسألة، فنجـد نصوصها تفصح عن رأي صريح يشعر بأنها تكتفي بالاعسار في حالة التبرع. فنص المادة 238/2[1] مدني مصري، يقضي بما يلي : "أما اذا كان التصرف تبرعا، فانه لا ينفذ في حق الدائن، و لو كان من صدر له التبرع حسن النية، و لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا" .

من هذه المادة يتضح أن القوانين العربية تكتفي بأن يثبت الدائن في طعنه في التبرعات الصادرة من مدينه، أن هذه التصرفات قد تسببت في اعسار المدين، أو زادت في اعساره .

أما بالنسبة الى القانون المدني الجزائري، فانه غامض في هذا الصدد. فالمادة 192/3[2] مدني جزائري لم تشر الى عدم اشتراط غش المدين، اذ جاء نصها خاليا من ذيل المادة 238/2م. مصري التي نصت على ما يلي : "... ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا". الأمر الذي يوحي بأن القانون المدني الجزائري، قد ساير القانون المدني الفرنسي من حيث اشتراط غش المدين في التبرعات، و خالف أصله المصري.

و نحن نرى أن هذا مجرد سهو من المشرع الجزائري، و يتضح لنا ذلك أكثر اذا عرفنا، لماذا أجازت القوانين العربية الطعن في التبرع بالدعوى البولصية، حتى لو كان كل من المدين و المتبرع له حسني النية، و اكتفت بالاعسار مخالفة في ذلك كلا من القانون المدني الفرنسي، و القانون الوطني اللذين اشترطا غش المدين في التبرعات .

لقد سبق أن رأينا أن فقهاء المالكية و الحنابلة، لا يجيزون أي تبرع للمدين الذي استغرقت أمواله بالديون[3] .

من هنا، يتضح لنا، أن موقف القوانين العربية من التبرعات، و اعتبارها غير نافذة في حق الدائنين، و لو كان كل من المدين و المتبرع له حسني النية، هو حكم مأخوذ من الفقه الاسلامي .

و على ضوء هذه النتيجة، نؤكد أن عدم نص المشرع الجزائري على عدم ضرورة غش المدين في التبرعات، كان سهوا منه. و تطبق في هذا الصدد، نص المادة 1/2 مدني جزائري، التي تنص على ما يلي : "و اذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الاسلامية، فاذا لم يوجد فبمقتضى العرف" .

---

(1) يقابلها في القوانين الأخرى، المواد 239/2م. سوري، 264/2م. عراقي، 242/2م. ليبي (و هذه المواد مطابقة للمادة 238/2م. مصري) .

(2) تنص المادة 192/3م. جزائري، و هي المقابلة للمواد المشار اليها في هامش (1) على ما يلي : "أما اذا كان التصرف تبرعا، فانه لا ينفذ في حق الدائن، و لو كان من صدر له التبرع حسن النية" .

(3) أنظر ما تقدم : الدعوى البولصية في الشريعة الاسلامية، ص. 15 من هذا البحث .

و نتمنى أن يحسم مشرعنا هذه المسألة بنص صريح، ليقطع دابر كل شك في موضوع التبرعات على غرار ما عليه الحال في القوانين العربية حتى تصبح المادة 3/192 مدني جزائري مطابقة تماما لما يقابلها في القوانين العربية، فيضيف عبارة ، " . . . و لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا " .

و هكذا، نرى أنه على الرغم من التزام المشرع الجزائري الصمت ازاء هذه الحالة، فعلى القضاء الجزائري أن يتبنى ما ذهب اليه الفقه الاسلامي، و لا يعتد بتبرعات المدين المعسر الذي استغرقت أمواله ديونه، ما دام قانوننا يعتبر الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا، يرجع اليه القاضي، كلما وجد نفسه أمام حالة لا يوجد فيها نص قانوني .

و يبدو لنا أن التشريعات العربية، فيما عدا القانون المدني اللبناني، خرجت عن تقاليد القانون الروماني، و عن القانون المدني الفرنسي فيما يخص التبرعات، و أجازت الطعن فيها بالدعوى البولصية اكتفاء بشرط الاعسار مسايرة في ذلك حكم الفقه الاسلامي فنفس هذا الصدد، و لا نرى مبررا يجعل المشرع الجزائري يخالف هذا الحكم .

و مما تقدم، نخلص الى القول بأن جميع القوانين تتفق على وجوب التمييز بين التصرفات بعوض، و التصرفات بدون عوض، من حيث توافر شرط الغش في جانب من تصرف له المدين . و يشترط في جميع القوانين للطعن في التصرفات بعوض، أن يثبت الدائن الغش في جانب المدين، و في جانب من تصرف له، و العلم بالاعسار كاف لتوافر الغش البولصي، بل هو قرينة على توافر قصد الاضرار .

أما بالنسبة الى التبرعات، فثمة فرق بين القوانين، فعلى حين لا تشترط قوانيننا للطعن في التبرعات غشا لا من جانب المدين، و لا من جانب المتبرع له، تجد القوانين الغربية بصورة عامة، و القانون المدني الفرنسي بصورة خاصة، تشترط اثبات غش المدين، دون غش المتبرع له [1] .

و نتساءل الآن عن الأساس الذي ارتكزت عليه القوانين التي ميزت في المعاملة بين من تصرف له المدين بعوض، و بين من تصرف له المدين بدونها [2]، فاشترطت غش الأول، و لم تشترط غش الثاني .

---

(1) ان قانون الموجبات و العقود اللبناني، هو الآخر، خلافا للقوانين العربية، اشترط غش المدين بصورة مطلقة، اذ أشار في مادته الوحيدة 278 الى "التصرفات التي عقدها المدين لهضم حقوق الدائن "دون أن يميز بين أنواع التصرفات .

(2) و هذا التمييز نصت عليه صراحة قوانيننا . أما القانون المدني الفرنسي، فلم يذكر هذا التمييز بين المعاوضات و التبرعات . و لكنه تمييز تقليدي كان معمولا به في القانون الروماني، و قد أخذ به الفقه و القضاء في فرنسا كما سبق أن رأينا . كما أن القانون التجاري الفرنسي قد استند صراحة الى هذا التمييز بين التصرفات بعوض و التصرفات بدون عوض في المادتين 29 و 31 من القانون التجاري الفرنسي 1976 ـ 1977 . (و يقابل هاتين المادتين في القانون التجاري الجزائري، فيما يتعلق بموضوع الافلاس، المادتان 247، و 249 تج. جزائري، المتعلقتان بعدم جواز التمسك قبل جماعة الدائنين بالتصرفات التي أجراها المفلس خلال فترة الريبة التي تحددها المحكمة بمدة أقصاها 18 شهرا، باستثناء =

يرتكز أساس هذه التفرقة التي لجأ اليها فقهاء الرومان ، و اعتمدتها القوانين على مبادئ العدالة المعروفة عند وقوع التعارض بين مصلحة الدائنين ، و مصلحة الغير الذى تعامل مع المدين .

و قد رأينا أن جميع القوانين تتفق على وجوب وجود غش من المدين ، و غش من المتصرف اليه للنجاح في الطعن بالدعوى البولصية ، و ذلك في المعاوضات .لماذا ؟

نلاحظ أن التفاضل يكون في هذه الحالة بين حق الدائن و حق المعاوض الذى يفترض أنه تعامل مع المدين على أساس تحقيق منفعة مادية ، لأن المعاوضة تلزمه أن يعطي نظير ما يأخذ . فهنا ، مصلحة الدائن في دفع الضرر عن نفسه يعارضها حق المتصرف اليه ـ المشترى مثلا ـ بمال اكتسبه بعوض و بطريق مشروع . و على هذا الأساس ، اعتبرت جميع القوانين ، أن حق المتصرف اليه أولى بالرعاية اذا كان حسن النية ، و لا يلوم الدائن الا نفسه اذا لم يحتط للأمر ، فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء حقه [1] . أما اذا كان المتصرف اليه سيء النية ، أى عالما بظروف اعسار المدين و قصده غش دائنيه ، فان ذلك كاف لافتراض الغش في جانبه ، لأن الشخص العادى لا يقبل على صفقة خاسرة في هذه الظروف [2] . و لذلك فضل عليه الدائن تطبيقا للمثل القائل : " القصد السيء يرد على أهله " [3] .

أما فيما يتعلق بموضوع التبرعات ، فيعتقد اجماع القوانين على عدم ضرورة توافر الغش في جانب المتبرع له ، فعلى أى أساس بنت القوانين حكمها هذا ؟

= التبرعات ، فانها تمتد لتشمل الستة (6) أشهر السابقة عن تاريخ التوقف عن الدفع الذى تحدده المحكمة ، و هاتان العادتان في رأينا أوفى و أدق بكثير من نصوص الدعوى البولصية . و هذا ما سنوضحه كلما وجدنا أنفسنا أمام مناسبة تتيح لنا هذه المقارنة ان أمكن .

(1) أنظر "كولان و كابيتان" بواسطة لاموراندير" : المرجع السابق الذكر ، ص. 777 ف م 1371 .

(2) يرى "جميل متولي الشرقاوى" : بحثه السابق الذكر ، ص. 45 ، افتراض صورية التصرف في مواجهة المتصرف اليه في هذه الحالة و ذلك لكي يؤسس ما ذهب اليه من أن الدعوى البولصية ما هي الا دعوى صورية مفترضة ، و يقول "أنه لو كان القانون يفترض جدية التصرف الذى أبرمه المدين ، و يؤسس حق الدائن في الطعن على غش المدين باعتباره سببا في عيب هذا التصرف ، لما استلزم علم المتصرف اليه بهذا الغش ، لأن غش المدين لا يكمل بغش المتعامل معه " .

(3) "La fraude ne doit nuire qu'à son auteur" يقال أن هذه الصياغة أعطاها "Paul" بمناسبة الدعوى البولصية ـ أشار الى ذلك "جوزى فيدال" : رسالته السابقة الذكر ، ص. 146 .

الظاهر أن القوانين هنا، لم تبن حكمها على مبدأ سوء النية أو حسنها، وانما بنته على مبدأ الأحقية بالرعاية[1]. فوجهة نظر القوانين أن مصلحة الدائن الذي ترتب له حق ثابت في ذمة مدينه أحق بالرعاية من مصلحة المتبرع له الذي أخذ الشيء بغير عوض للاحتفاظ بمنفعة مجانية، فالموهوب له بغير عوض، يستفيد بكل مزايا الهبة دون أن يدفع مقابلاً، ولهذا تتحقق في جانبه قاعدة الغرم بالغنم، فهو يغرم لأنه غنم[2].

هذا، وقد جرى العرف على أن يفسر وضع الموهوب له بالمقابلة مع الخلف بعوض بالمثل السائد في القانون الروماني "أن من يربح من عمل مشوب بالخطأ، يعتبر شريكاً في الضرر الذي ترتب عليه" "Certat de lucro captando , certat de damno vitando"[3].

كما تطابق بصدد التبرعات قاعدة أخرى مفادها أن "دفع الديون مقدم على تقديم الهدايا"[4]، ومعنى هذه القاعدة، أن الشخص اذا كان مديناً، ولا يملك الا ما يفي به دينه، وتبرع الى شخص آخر قريب أو بعيد، فلا يعتد بتبرعه هذا، مهما كان الباعث، لأن المنطق يقضي بأنه يجب، قبل دفع الهدايا، دفع الحقوق. فضلاً عن مجافاة هذا التبرع لمبدأ حسن النية، وأنه ينبي عن رغبة أكيدة في الاضرار بحقوق الدائنين، ويكشف عن تناقض واضح في سلوك المدين المعسر الذي يتبرع بأمواله في وقت يرى فيه أن اعساره وشيك الوقوع. وقد أحسنت صنعاً التشريعات العربية حينما جعلت رابطة التصرف وعدمها، في التبرعات، قرينة على الغش[5]، ولم تشترط غش المدين المتبرع أو حتى علمه بالاعسار بخلاف القانون المدني الفرنسي والقانون الروماني.

---

(1) أنظر في ذلك كل الفقه العربي والفقه الفرنسي: "السنهوري"، الوسيط، ج2، السابق الذكر، ص 1039 ف. 592، "عبد المجيد الحكيم"، المرجع السابق، ف. 190. "مصطفى أحمد الزرقا"، السابق الذكر، ص. 138 ف. 37، ومن الفقه الفرنسي نذكر بلانيول وريبر وردوان": المرجع السابق، ص. 263، "ويل وتيري": المرجع السابق، ص. 936.

(2) "سيناي": بحثها السابق الذكر، ص. 192 ف. 19.

(3) وقد نص على هذا المثل السائد في القانون الروماني، القانون المدني العراقي في المادة "3" منه بالقاعدة "درء المفاسد مقدم على جلب المنافع". أشار الى ذلك "عبد المجيد الحكيم": المرجع السابق، ف. 90.

وقد نصت على هذا الحكم صراحة التشريعات العربية في المواد 238/2م. مصري وما يقابلها في القوانين العربية الأخرى (أنظر ذلك في ص. 91 هامش (1).)، بينما المادة 192/3 مدني جزائري التزمت الصمت، ولم تحتو على ذيل المادة 238/2 مصري، وما يقابلها، وهو "......وحتى لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً". وقد وضحنا هذه المسألة (أنظر ص. 119 و 120 من هذا البحث).

(4) "عبد المجيد الحكيم": السابق الذكر، ف. 190.

(5) من هذا الرأي في الفقه الفرنسي، "أوبري ورو" السابق الذكر، ص. 202، وقد رأينا أن هذا الرأي الذي يلتقي مع حكم قوانيننا، لم يكتب له النجاح في ظل الفقه والقضاء الفرنسيين.

وقد حاول جانب من الفقه الفرنسي، أن يجد أساساً للتمييز بين التصرفات بعوض والتصرفات بدون عوض، فذهب "ديموج "(1) الى أن أساس الدعوى في التصرف بعوض هو الغش، بينما في التبرعات أساسها الاثراء بلا سبب "L'enrichissement sans cause"، أما "سيناي"(2)، فانها تؤسس الدعوى البولصية في حالة التبرع على أساس فكرة تحمل المخاطر. أما في المعاوضات، فتقيمها على أساس الخطأ، وتحاول أن تقرب الدعوى البولصية من دعوى المسئولية .

وقد سبق أن رأينا(3) أن فكرة التعويض لم تنجح هي الأخرى في تفسير طبيعة الدعوى البولصية، رغم أن تقاليد هذه الدعوى، في القانون الروماني، تؤيد هذا الرأي(4).

وبعد أن انتهينا من دراسة غش كل من المدين والمتصرف اليه، ننتقل الى دراسة حكم الغش بالنسبة الى المتصرف اليه الثاني، أي خلف الخلف .

====== ======

المطلب الثالث

حكم الغش المشترك بالنسبة الى المتصرف اليه الثاني

(خلف الخلف) - "Le sous-acquéreur"

قد يحصل غالباً، أن يكون المال الذي كان موضوع تصرف المدين قد انتقل من المتصرف اليه "L'acquéreur" الى متصرف اليه ثان. ولذا، فان السؤال الحقيقي يطرح، هو : ما هي الشروط الواجب توافرها في خلف الخلف لنجاح الدعوى البولصية التي تقام ضده ؟

اذا كان القانون المدني الفرنسي لم يبين بنص صريح حكم هذه الحالة، وانما تركت هي الأخرى لاجتهاد الفقه والقضاء، فان قوانيننا قد عالجتها بنص صريح، وهي أكثر الحالات تعقيداً .

---

(1) أنظر "ديموج " : السابق الذكر، ف. 113 مكرر ومن هذا الرأي، "أوبري ورو" : المرجع السابق، ص. 95 مكرر "بلانيول وريبير وردوان" : المرجع السابق، ف. 967 .

(2) "سيناي" : بحثها السابق الذكر ص. 192 ف. 80 .
وأنظر ما قالته في هذا الصدد، ص. 32 هامش (4) من هذا البحث .

(3) أنظر ما تقدم : طبيعة الدعوى البولصية والخلاف الذي أثارته هذه الطبيعة ص. 24 الى 38 من هذا البحث .

(4) أنظر : تطور الدعوى البولصية في القانون الروماني، حيث نشأت المحاربة الغش، وهذا في رأي فقهاء الرومان جريمة تقصيرية .

فوفقا لنصوص قوانيننا ، فان نجاح الدعوى البولصية الموجهة ضد المتصرف اليه الثاني تخفق أو تنجح ، تبعا لاخفاقها أو نجاحها ضد المتصرف اليه الأول، وقد ميزت قوانيننا بين ما اذا كان الخلف الثاني، أي من انتقل اليه الحق المدعى به من طرف الدائن، قد اكتسبه بعوض أو بدون عوض، وفي الحالة الأولى، هل اشترك في الغش ؟ وبهذا التمييز، أخذ الفقه والقضاء في فرنسا(1) .

تنص المادة 192/4(2) مدني جزائري، على ما يلي : "اذا كان المتبرع له حول بعوض المال الذي نقل اليه ، فليس للدائن أن يتمسك بعدم الاحتجاج عليه بتصرف مدينه ، الا اذا كان المحال اليه ، والمتبرع له قد علما بغش المدين . هذا في حالة ما اذا تصرف المدين بعوض، وكذلك الحال اذا تصرف المدين بدون عوض، وعلم المحال اليه بعسر المدين وقت صدور التصرف لصالح المتبرع له " .

وقبل أن نشرع في تحليل هذه المادة، يجب أن نلاحظ أنها غير دقيقة في صياغتها ، كما أن هناك خطأ في عبارة "المتبرع له" التي يجب أن تحل محلها عبارة "المتصرف اليه" . وبهذا التصحيح الأخير، تستقيم أحكام المادة مع ما يتطلبه المشرع الجزائري من شروط في هذه الفقرة. غير أن مشرعنا، يتدارك ذلك فيما بعد بقوله : "هذا في حالة ما اذا تصرف المدين بعوض"، مما يقطع دابر كل شك ، أن المشرع الجزائري يريد قول عبارة "المتصرف اليه "(3) . ولا ندري ان كان هذا سهوا منه الى هذا الحد .

---

(1) أنظر "ديمولمب" : المرجع السابق، ف. 200 - "كولان وكابيتان" : المرجع السابق، ف. 387 - "أوبري ورو" : السابق الذكر، ص. 205 ، ملاحظة رقم 24 - "ويل وتيري" : المرجع السابق، ف. 856 - "بلانيول وريبر وبدوان" : السابق الذكر، ف. 959 - "ريبر وبولانجيه" : المرجع السابق، ف. 1417 - "جروبيه" : رسالته السابقة الذكر، ف. 241 . ومن أحكام القضاء : نقض فرنسي ، 2 فيفري 1852 ، نشر في داللوز 52، عدد 1 برقم 49 - وفي سيريه 52 عدد 1 برقم 234 - باريس 11 جويلية 1829، نشر في سيريه 1830 عدد 2 برقم 6 - أشار الى ذلك "بلانيول وريبر وبدوان" : المرجع السابق، ص. 290 ف. 959 هامش (1) . وأنظر باقي الأحكام التي أشار اليها .

(2) تقابل المادة 192/4م جزائري في القوانين العربية، المواد 238/3م مصري - و 239/3م سوري - و 264/3م عراقي - و 241/3م ليبي . أما قانون الموجبات اللبناني ، فانه لم يتعرض لحكم هذه الحالة . وكل هذه المواد مطابقة لبعضها البعض وهي أدق في الصياغة من نص المادة 192/4م جزائري .

(3) هذا ونص المادة بالفرنسية واضح في استعماله لفظ "Acquéreur" ، وها هو نص المادة 192/4م . جزائري بالفرنسية : "Si l'acquéreur a aliéné à titre onéreux le bien qui lui a été transmis, le créancier ne peut invoquer l'inopposabilité de l'acte de son débiteur que si le sous-acquéreur a eu connaissance de la fraude du débiteur et si l'acquéreur a lui meme eu connaissance de cette fraude, au cas ou l'acte consenti par le débiteur l'a été à titre onéreux et, en cas d'acte à titre gratuit, que si le sous-acquéreur a eu connaissance de l'insolvabilité du débiteur, au moment ou l'acte a été consenti à l'acquéreur".

أو أن هذه الغلطة مطبعية، و تتمين تصحيحها، لأن الفقرة الرابعة من المادة 192 م، جزائري، كما هي الآن قلقلة لا يفهم منها شيء.

و يقتضي نص المادة 192/4 مدني جزائري، بعد تصحيحه، و ما يقابله في التشريعات العربية، التمييز بين فرضين :

- الفرض الأول، أن يكون تصرف المدين و تصرف خلفه من طبيعة واحدة.

- و الفرض الثاني، فهو أن يكون تصرف المدين و تصرف خلفه من طبيعة مختلفة. و هذا، ما سنتناوله في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول

ما الحكم، لو كان تصرف المدين و تصرف خلفه (المتصرف اليه) من ... من طبيعة واحدة (أي من نوع واحد)

و يقتضي هذا الفرض بدوره أن نميز بين حالتين : الحالة التي يكون فيها كل من تصرف المدين، و تصرف خلفه (من تصرف له المدين) بعوض، و الحالة التي يكون فيهما كل من تصرف المدين، و من تصرف له المدين تبرعا.

الحالة الأولى: ما الحكم لو كان كل من تصرف المدين و تصرف خلفه بعوض.

في هذه الحالة، يكون المتصرف اليه الأول الذي انتقل اليه الشيء من المدين معاوضة، قد تصرف فيه الى خلف ثان (متصرف اليه ثان) بعوض، و هذه الحالة، هي التي ورد فيها النص، و اشترط القانون على الدائن هنا، لكي ينجح في طعنه بالدعوى البولصية التي يقيمها على المتصرف اليه الثاني، أن يثبت الغش في جانب كل من المدين و المتصرف اليه الأول، و المتصرف اليه الثاني، أي يثبت أن هذا الأخير قد علم أمرين : غش المدين، و علم المتصرف اليه الأول بهذا الغش. و وفقا لما ذهبت اليه القوانين في التيسير على الدائن في مسائل الاثبات، فان الدائن هنا، يثبت فقط أن المتصرف اليه الثاني كان يعلم أن المدين عند تصرفه للمتصرف له الأول كان يعلم باعساره القائم وقت التصرف، أو أن هذا التصرف سوف يؤدي الى اعساره، و أن

= و نلاحظ أن المادة 192/4 بالفرنسية واضحة جدا، و دقيقة في صياغتها، و بهذا تتطابق مع ما يقابلها في التشريعات العربية، و أن هناك ترجمة عقيمة للنص، لاحظ نص المادة 238/3 م، مصري، يقضي بما جاء ... ما في المادة 192/4 بالفرنسية، اذ تنص على ما يلي: "اذا كان الخلف الذي انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف، الا اذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين، و علم الخلف الأول بهذا الغش ان كان المدين قد تصرف بعوض، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول ان كان المدين قد تصرف له تبرعا".

المتصرف اليه الأول (المشتري مثلا)، كان يعلم هو الآخر بظروف اعسار مدينه، و قصده غش دائنيه، و علم المتصرف اليه الثاني (المشتري من المشتري مثلا)، بذلك، كاف لافتراض الغش في جانبه هو الآخر، وفقا للمفهوم الحديث للغش في الدعوى البولصية، و هو "العلم بالاعسار".

و يلاحظ أنه في هذا الحكم خروجا على القواعد العامة التي تقضي بأنه ليس للخلف الثاني حقوقا أكثر مما للخلف الأول(1). و لو طبقنا القواعد العامة بصدد هذه المسألة، لأرحنا الدائن من عبء اثبات غش الخلف الثاني، متى نجح في طعنه في مواجهة الخلف الأول، لأنه لم يكن في وسع هذا الأخير أن ينقل الى خلفه الثاني أكثر مما له (2).

و يبرر "أنور سلطان"(3) هذا الحكم، بأن الدعوى البولصية ليست بدعوى بطلان، حتى تطبق في شأنها القواعد العامة، بل هي أقرب الى دعوى مسئولية، و لذا وجب توافر الغش في جانب الخلف الثاني. أما الأستاذ "السنهوري"(4)، فانه يرى أن هذا الحكم تبرره مقتضيات العدالة، التي قامت لحماية الخلف الأول، و تفضيله على الدائن اذا كان حسن النية. فمن العدالة أن تحمي الخلف الثاني، و تفضله على الدائن، اذا كان هو -دون الخلف الأول- حسن النية(5).

---

(1) أنظر "السنهوري": الوسيط ج2، السابق الذكر، ص 1042 - نظرية العقد، ص 807 هامش (1) - "أنور سلطان": المرجع السابق، ج2، ص 52. و هذا ما استقر عليه الرأي الراجح في فرنسا: أنظر بهذا الصدد، كل الفقه المشار اليه في ص 124، هامش (1)، بنفس رقم الصفحات و الفقرات.

و من أحكام القضاء، نذكر "أورليان Orléans" 10 فبراير 1876، داللوز 1877 عدد 2 برقم 118 - سيريه 1876 عدد 2 برقم 321 - و كذلك "Pau" في 2 أفريل 1879، داللوز 1881 عدد 2 برقم 73 - سيريه 1882 عدد 2 برقم 145. و وردت الاشارة الى ذلك في كتاب "ريبر و بولانجيه": المرجع السابق، ف 1417، ص 532.

(2) ذهب في فرنسا بعض الفقهاء و المحاكم الى هذا الرأي، و هو مضاد للرأي المتقدم في هامش (1)، نفس الصفحة، و نذكر منهم "لوران" 16، ف 465، و 466 - و من أحكام القضاء "أميان" 26 مارس 1825 - سيريه 1825 عدد 2 برقم 417. أشار الى ذلك كل من "السنهوري" في الوسيط ج2، ص 1042 هامش (1) - "بلانيول و ريبر و ردوان": المرجع السابق، ص 390 هامش (1).

(3) "أنور سلطان": المرجع السابق، ص 52 - و أنظر كل الفقه الذي يرى في الدعوى البولصية دعوى مسئولية يستند الى هذا الحكم. أنظر ما تقدم في طبيعة الدعوى البولصية، ص 27 في الرد على القائلين بأن الدعوى البولصية دعوى بطلان.

(4) "السنهوري": الوسيط ج2، السابق الذكر، ص 1042.

(5) و هذا الحكم الذي نصت عليه قوانيننا صراحة، و استقر عليه الفقه و القضاء في فرنسا، مستمد من القانون الروماني الذي كان يشترط غش المشتري من المشتري، حتى أصبح لهذه القاعدة التقليدية سند تشريعي في قوانيننا. أنظر في تفصيلات هذه القاعدة، "السنهوري": نظرية العقد، ص 807 هامش (1).

ومهما كانت المبررات التي بني عليها هذا الحكم، تقتضيها العدالة أو تبررها مقتضيات أخرى، فان هذا الحكم من شأنه أن يفتح مجالا واسعا للغش والتواطؤ وهما السببان اللذان جاءت الدعوى البولصية لمحاربتهما، الأمر الذي يجعل هذه الدعوى غير مجدية في هذه الحالة، اذ تفقد الهدف الذي أنشئت من أجله .

ومن النتائج السيئة التي تترتب على هذا الحكم، أنه يكفي أن يحصل اتفاق مسبق بين المدين، والمتصرف اليه الثاني على أن يبيع العين لمشتر أول حسن النية، بحيث يصبح التصرف الأول وسيلة لتغطية التصرف الثاني المشوب بالغش، فيعجز الدائن عن أن يمارس الدعوى ضد المشتري من المشتري، اذ تصبح غير مجدية، ويتجه جانب من الفقه الفرنسي الى قبول الدعوى البولصية ضد المتصرف اليه الثاني في هذه الحالة (1) .

كما قد يحدث أن يبادر المشتري المشترك في الغش مع المدين، الى بيع العين لمشتر ثان حسن النية، وفي هذه الحالة أيضا، يعجز الدائن عن ممارسة الدعوى البولصية ضد المشتري من المشتري لعدم توافر شروطها في مواجهته (2) .

ويرى "السنهوري" — وهو يبدو متحمسا في الدفاع عن هذا الحكم — أن الدائن يستطيع، في هذه الحالة، أن يرفع الدعوى البولصية على المدين، والمشتري . ويجب أن يرد المشتري الثمن الذي أخذه من المشتري الثاني — أو قيمة العين، اذا كانت أكبر من الثمن — ليفنذ عليه الدائن بحقه (3) .

وفي رأينا، أن هذا الفرض الأخير من السهل وقوعه في الحياة العملية، وهو مبادرة المشتري الأول، والمتواطئ مع المدين، الى بيع العين لمشتر آخر حسن النية . بينما حالة ما اذا اتفق المدين مع شخص آخر، بدلا من أن يبيع له العين مباشرة، يبيعها لشخص حسن النية، وهذا الأخير يبيعها الى المشترك في الغش مع المدين . ففي رأيي، أنه لا سبيل للتخوف من هذا الفرض، لأنه يبقى مجرد فرض ممكن أن يحدث بالصدفة، اذ من الذي يرغم المشتري حسن النية على بيع العين التي اشتراها من المدين الى الشخص المتواطئ بالضرورة مع المدين، وان حصل ذلك، فمعنى هذا يعني أنه بدوره شريك في الغش، الأمر الذي يجعل هذه النتيجة فرضا نادر الوقوع . ولنفترض وقوع ذلك، ففي هذه الحالة

---

(1) "أوبري ورو" : المرجع السابق، ص. 205 ملاحظة 23 — "ديمولمب" : المرجع السابق، ف. 219 — "بوريس ستارك" Boris Starck" ---- Encyclopédie Dalloz.
وهو يرى أن الدعوى البولصية تقبل ضد المتصرف اليه الثاني، وفقا لقاعدة "الغش يفسد كل شيء".

(2) "بلانيول وريبير وردوان" : المرجع السابق، ص. 290 ف. 950، وهم يقولون :
"L'inconvénient pratique est de permettre à l'acquéreur de mauvaise foi de priver le créancier de son recours par une revente rapide de la chose à un sous--acquéreur de bonne foi".

(3) أنظر "السنهوري" : الوسيط، ج 2، ص. 1044 هامش (1)، وكذلك، نظرية العقد، ص. 807 ف. 735 هامش (1) .

تطبق قاعدة "الغش يفسد كل شيء" وفقا لما ذهب اليه بعض الفقه الفرنسي [1] .

الحالة الثانية : ما الحكم اذا كان تصرف كل من المدين و تصرف خلفه تبرعا ؟

هذه الحالة، لا تثير أدنى مشكلة . فوفقا لقوانيننا ، فان هذا التصرف لا ينفذ في مواجهة الدائن دون أن يكلف باثبات الغش ، سواء في جانب المدين ، أو المتصرف اليه الأول ، أو المتصرف اليه الثاني [2] . أما بالنسبة الى القانون الفرنسي ، فان الدائن يكلف في هذه الحالة باثبات غش المدين [3] .

و ننتقل الآن ، الى دراسة الفرض الثاني ، و هو الأكثر تعقيدا .

الفرع الثاني

اختلاف طبيعة تصرف المدين عن تصرف خلفه .

و في هذا الفرض ، اما أن يكون تصرف المدين بعوض ، و تصرف خلفه تبرعا أو العكس كأن يبيع المدين عينا لمتصرف اليه ، و يهبها هذا الأخير الى موهوب له ، أو العكس يهب المدين عينا الى موهوب له قريب أو بعيد ، و يقوم هذا الموهوب له ببيعها الى شخص آخر . فما حكم هذه التصرفات اذا أراد الدائن أن يتمسك بعدم نفاذها في حقه بموجب الدعوى البولصية ؟

و لكي نوضح ذلك ، يجب علينا أن نميز بين حالتين : حالة ما اذا كان تصرف المدين بعوض ، و تصرف خلفه تبرعا ، و الحالة الثانية ، أن يكون تصرف المدين تبرعا ، و تصرف خلفه معاوضة .

الحالة الأولى : تصرف المدين بعوض ، و تصرف خلفه تبرعا .

يفترض في هذه الحالة ، أن المدين باع العين لخلفه (المشتري) ، و قام هذا الأخير و وهبها الى شخص آخر (الموهوب له) .

يشترط على الدائن ، لكي ينجح في طعنه بالدعوى البولصية في هذه الحالة ، أن يثبت غش المدين و غش خلفه (المتصرف اليه الأول) ، دون غش الخلف الثاني (الموهوب له) في جميع

---

(1) أنظر "بوريس ستارك" ، ص 127 ، هامش (1) من هذا البحث .

(2) تطبق في هذا الصدد ، القاعدة العامة التي سبق أن رأيناها و التي تقضي "بأن دفع الضرر مقدم على جلب المنافع" ، و كل ما رأيناه في أساس المفاضلة بين الدائن الذي يتوقى ضررا و المتبرع له الذي يكسب نفعا . أنظر في كل ذلك ص 122 من هذا البحث .

(3) سبق أن رأينا أن الفقه الفرنسي الحديث ، و كذا القضاء ، مستقر على ضرورة توافر شرط الغش في التبرعات و ذلك بالنسبة الى المدين . و بالتالي ، فان غش هذا الأخير يبقى مشترطا حتى في هذه الحالة ، و الدائن مكلف باثبات ذلك .

القوانين، وهذا ما يعقد عليه اجماع الفقه المصري والفرنسي[1].

الحالة الثانية : تصرف المدين تبرعا، وتصرف خلفه معاوضة.

يفترض في هذه الحالة، أن المدين يهب عينا له الى شخص(موهوب له) ويقوم هذا الأخير، ببيعها الى شخص ثان (مشتر).

وهذه الحالة، هي التي تناولتها العبارة الأخيرة من المادة 192/4 مدني جزائري، السابقة الذكر، بنصها على ما يلي : "...وكذلك الحال اذا كان تصرف المدين بدون عوض، وعلم المحال اليه بعسر المدين وقت صدور التصرف لصالح المتصرف اليه"[2]

ووفقا لهذه المادة، يتضح أن على الدائن حتى ينجح في دعواه بالدعوى البولصية في هذه الحالة، أن يثبت علم الخلف الثاني باعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول. فاذا ثبت أن الخلف الثاني، كان حسن النية، فانه يفضل على الدائن تطبيقا للاعتبارات التي سبق أن رأيناها في أساس المفاضلة بين حق الدائن، وحق المتصرف اليه بعوض، وهي أن كليهما يسعى لدفع الضرر[3].

ويلاحظ "السنهوري"[4]، أن هذه الحالة من الفرض الثاني صعبة التصور من الناحية العملية، بحجة أنه ما دام الموهوب له حسن النية، فيبعد أن يكون المشتري من الموهوب له سيء النية، وأن هذه الحالة لا تتحقق عملا في مصر، الا اذا كان كل من المدين والموهوب له سيء النية. فعندئذ، اما أن يكون المشتري من الموهوب له حسن النية، فلا يجوز للدائن أن يمارس الدعوى البولصية ضده، واما أن يكون سيء النية فيجوز للدائن ذلك.

---

(1) أنظر الفقه المصري : "السنهوري :الوسيط ج 2، ص 1041 ف 598، نظرية العقد للفقه المؤلف، ص 802، "اسماعيل غانم" :أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 178، "عبد المجيد الحكيم" :المرجع السابق، ف 294، "أنور سلطان" :المرجع السابق، ص 58.
ومن الفقه الفرنسي، أنظر جميع الفقهاء المشار اليهم في ص 124 هامش (1)، ونضيف لهم "مارتي وريتو" :المرجع السابق، ص 784.

(2) لاحظ أن المشرع الجزائري قد استعمل عبارة المحال اليه، ويقصد بذلك خلف الخلف أي المتصرف اليه الثاني. وما يقابل هذه الفقرة في القوانين العربية، أدق في الصياغة وكذا النص بالفرنسية (قارن ذلك مع المادة 238/3م مصري. وما يقابلها في التشريعات العربية، وكذا نص المادة 192/4م جزائري بالفرنسية ص 124 هامش (3).

(3) أنظر ما تقدم ص 121 من هذا البحث.

(4) "السنهوري" :الوسيط ج 2، ص 10 هامش (2). ويرى "أن هذه الحالة تتحقق في فرنسا في المهر "la dot"، فقد يحصل أن يهب أب معسر لابنته مهرا، وهي حسنة النية، أي لا تعلم باعسار أبيها، وتعطي البنت المهر لزوجها وهو سيء النية متواطؤ مع الأب".
ونحن نرى أن هذه الحالة تتحقق اذا اعتبرنا المهر في مواجهة الزوج تصرفا بعوض من جانب زوجته (انه كما سنرى أن المهر قد أثار خلافا حادا في فرنسا حول ما اذا كان من المعاوضات أو من التبرعات. أنظر ص 137/138 من هذا البحث.

و نعجب لماذا يتكلم "السنهوري"، في هذه الحالة، عن حسن النية، أو سوئها، و نحن بصدد تصرف بدون عوض، لم تبن فيه التشريعات حكمها على مبدأ حسن النية - كما هي الحال في التصرفات بعوض - و انما بنته على مبدأ الأحقية بالرعاية(1). و بالتالي فاننا نرى، أن التصرف الأول، الذي تم بين المدين، و المتبرع له، لا ينفذ في حق الدائن بغض النظر عن حسن نية المدين أو سوئها، أو حسن نية من تصرف له المدين أو سوئها. أما بالنسبة الى الخلف الثاني، فان الدائن لا يستطيع ممارسة الدعوى البولصية ضده، اذا كان حسن النية، أي لا يعلم باعسار المدين وقت تبرعه للخلف الأول، و ما عليه في هذه الحالة سوى أن ينفذ بحقه على الثمن الذي دفعه المشتري الموهوب له (2).

و نخلص مما تقدم، الى أن نجاح الدعوى البولصية، بالنسبة الى خلف الخلف، يتوقف على توافر شرط الغش أو عدم توافره في جانب المدين، و خلف المدين، و خلف الخلف، تبعا لما اذا كان التصرف معاوضة، أو تبرعا. و قد سبق أن رأينا، أن خلف المدين، أي المتصرف اليه، يتمتع بمناعة بالنسبة الى الدعوى البولصية، في حالة واحدة فقط، تتفق بشأنها جميع القوانين، و هي حالة ما اذا تعامل مع المدين بعوض و كان حسن النية. فانه يفضل على الدائن، و الحكم صحيح. أما اذا كان قد تلقى الحق بدون عوض، فان هناك اجماعا في القوانين على نجاح الدعوى البولصية في مواجهته، بغض النظر، عن حسن نية المدين أو سوئها مع ملاحظة أن القانون المدني الفرنسي قد اشترط في هذه الحالة غش المدين.

و على ضوء هذه النتيجة، فان القوانين تتفق جميعها على تكييف مركز الخلف الثاني، تبعا لمركز الخلف الأول بالنظر لنوع التصرف، فيما اذا كان بعوض، أو بدون عوض. و بالتالي، اذا تبرع المدين لخلفه، و تبرع الخلف، كذلك، الى خلف الخلف، فلا يشترط الغش في جانب أحد بالنسبة الى قوانيننا، بينما يستلزم غش المدين بالنسبة الى القانونين، الفرنسي و اللبناني. أما اذا باع المدين العين لخلفه، و وهبها الخلف لخلف الخلف، فيشترط في جميع القوانين الغش في جانب المدين، و الخلف دون خلف الخلف(3).

بقيت حالتان، و هما اللتان وردت بصددهما المادة 4/192 مدني جزائري، و في القوانين العربية المواد 3/238م مصري، و 3/239م سوري، و 3/264م عراقي و 3/241م ليبي.

(1) أنظر ما تقدم ص 122 من هذا البحث.

(2) استئناف مختلط 9 أبريل سنة 1929 م 41 ص 344. أشار الى ذلك "السنهوري"، الوسيط، ج2، السابق الذكر، ص 1044 هامش (1).

(3) فيما يخص هاتين الحالتين، لم يرد بصددهما نص، و انما يقع اجماع في الفقه العربي و الفرنسي على ذلك. و هذا تكييف لمركز الخلف الأول (المتصرف اليه الأول) و استنادا الى مبادئ العدالة التي سبق أن رأيناها عند المفاضلة، ص 121 و 122 من بحثنا هذا.

و 3/241م ليبي . و هما : حالة ما اذا باع المدين المعين لخلفه ، و باعها الخلف لخلف الخلف ، و حالة ما اذا تبرع المدين بمعين له لخلفه و يبيعها هذا الأخير لخلف الخلف .

فيما يتعلق بالحالة الأولى ، تستلزم جميع القوانين عندنا ، لنجاح الدائن في طعنه بالدعوى البولصية ، أن يثبت الغش في جانب كل من المدين ، و الخلف ، و خلف الخلف ، أي المتصرف اليه الأول و المتصرف اليه الثاني . و هذا ما استقر عليه الفقه و القضاء في فرنسا أيضا [1] . و بهذا تكون جميع القوانين قد خرجت على حكم القواعد العامة ، و هي بصدد قواعد الدعوى البولصية ، بما يترتب على ذلك من نتائج سيئة [2] تقلل من أهمية هذه الدعوى أحيانا . أما فيما يتعلق بالحالة الثانية ، فانه يشترط على الدائن ، للنجاح في طعنه بالدعوى البولصية ، أن يثبت الغش في جانب الخلف فقط ، و هذا بالنسبة الى قوانيننا . أما بالنسبة الى القانون المدني الفرنسي ، فانه يشترط اثبات الغش في جانب كل من المدين ، و خلف الخلف دون الخلف [3] .

و على ضوء ذلك ، يتبين لنا مدى أهمية التمييز بين المعاوضات و التبرعات في الدعوى البولصية . و من هنا ، لابد من تحديد ما المقصود بالتصرف بعوض ، و التصرف بدون عوض ، حتى يأخذ كل تصرف الحكم الذي يقتضيه ، وفقا لقواعد الدعوى البولصية ، سواء بالنسبة الى المتصرف اليه الأول ، أو المتصرف اليه الثاني ، و هكذا دواليك ...

الفرع الثالث

أهمية التمييز بين التصرفات بعوض و التصرفات بدون عوض

ان مسألة التمييز بين المعاوضات و التبرعات من الناحية النظرية ، هي من أصعب المسائل التي تطرح في موضوع الدعوى البولصية ، لأن هناك عقودا ذات طبيعة غامضة ، لا يعرف ما اذا كانت تدخل في فئة المعاوضات أو في فئة التبرعات .

يرى "ديموج" ، أنه ينبغي أن نستند مبدئيا الى المفهوم الطبيعي للتصرف بدون مقابل [4] . بينما يرى "بيدان و لريبور بيجونييه" ، أن "مفهوم التصرف

(1) أنظر في ذلك الفقهاء و الأحكام المشار اليهم في ص124 هامش (1) من هذا البحث .
(2) أنظر أمثلة عن هذه النتائج ، ص127 من هذا البحث .
(3) و هذا ناتج عن أن القانون المدني الفرنسي يتطلب في التبرعات غش المدين . أما قوانيننا ، فلا تشترط لا غش المدين ، و لا من تبرع له المدين .
(4) أنظر "ديموج" : المرجع السابق ، ص 412 ف 1036 .

فيما اذا كان بعوض أو بدون عوض ، مفهوم نسبي "(1) .

و هناك من يلاحظ أن عناصر التبرع التي تتمثل في العنصر المادي ، أو المعنوي ، تتفاوت في أرجحيتها تبعا للقواعد المراد تطبيقها . فلنأخذ مثلا الهبة ، فاذا أردنا أن نطبق قواعد الهبة المتعلقة بحماية الواهب كوجوب الشكلية ، و جواز الرجوع ، و اشتراط أهلية خاصة ، رجح العنصر المعنوي للهبة ، و هو نية التبرع ، فاذا أريد تطبيق قواعد الهبة المتعلقة بحماية ورثة الواهب رجح العنصر المادي ، و خاصة ما يرجع منه الى افتقار الواهب دون مقابل يأخذه . و اذا أريد تطبيق قواعد الهبة المتعلقة بحماية دائني الواهب(2) ، كما هي الحال بالنسبة الى تطبيق قواعد الدعوى البولصية ، يرجح فيما أيضا العنصر المادي ، و بخاصة ما يرجع منه الى اثراء الموهوب له دون مقابل يعطيه (3) .

و قبل أن نتطرق الى الحالات التي يدق فيها التمييز بين المعاوضات و التبرعات ، يحسن بنا أن نلاحظ أن المشرع الجزائري ، و هو بصدد تصنيف العقود ، عرف بعض العقود في المواد من 55 الى 58 م . جزائري ، و هذه المواد استمدها من القانون المدني الفرنسي ، قد أغفل ايراد تعريف عقد التبرع الوارد في المادة 1105(4) مدني فرنسي ، بينما عرف عقد المعاوضة(5) .

و وفقا للمفهوم العام لعقد التبرع ، فهو "العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه ، و لا يعطي المتعاقد مقابلا لما أخذه "(6) .

---

(1) "بيدان و بيبوتييه " : المرجع السابق ، ص 27 ف . 40 ، اذ يقول : "

"Le caractère gratuit ou onéreux d'un contrat est parfois délicat à déterminer,il peut varier pour un meme contrat suivant les parties en cause"./ و أنظر أيضا ، ص 476 ف . 658 .

(2) أنظر "السنهوري" : الوسيط ج . 5 : الهبة و عقد الشركة ، ص 19 هامش (2) ، و الفقهاء الذين أشار اليهم .

(3) في هذا المعنى ، يذهب "بلانيول و ريبير و ردوان " ، في مرجعه السابق الذكر ، ص 865 ف . 934 ، مستندين في ذلك الى المعيار الذي يبرر أساس المفاضلة ما بين المعاوضات ، و التبرعات من حيث ترجيح مصلحة الدائن على المتصرف اليه الى أنه "ينبغي البحث فيما اذا كان المتصرف اليه قد حصل على فائدة أولا من المتصرف الذي أبرمه مع المدين ، دون الاعتماد في البحث عن شكل التصرف و نية المدين الحقيقية" .

(4) تنص المادة 1105 م . فرنسي على ما يلي "Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit"

(5) عرفت المادة 58 م جزائري عقد المعاوضة ، بنصها على ما يلي : "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين اعطاء ، أو فعل شيء ما " . و تقابلها في القانون المدني الفرنسي ، المادة 1106 .

(6) "السنهوري" : الوسيط ج . 1 : مصادر الالتزام ، ص 162 ف . 59 .

ولتوضيح ذلك أكثر، يجب أن نميز في عقود التبرع بين ما يسمى بعقود التفضل "Les actes de bienfaisance"، والهبات "Les donations". فعقود التفضل، يمنح المتبرع فيها للمتبرع له فائدة، دون أن يخرج عن ملكية ماله، فالمتبرع فيها يلتزم بعمل، أو بالامتناع عن عمل[1]، ومن أمثلتها الوديعة والعارية. أما الهبة، فيخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله. وبهذا تتميز الهبة عن عقود التبرع بوجه عام، بأن الواهب يتصرف في مال له، فهو يلتزم بإعطاء شيء.

ويستخلص من ذلك، أن الهبة تشترك مع سائر التبرعات، في أنها تجعل الموهوب له يثرى دون عوض، وفي أنها تقترن بنية التبرع، ولكنها تنفرد بخاصية هي أنها من أعمال التصرف[2].

ونلاحظ من خلال استقرائنا لنصوص القانون المدني الجزائري، أن مشرعنا قد نظم بعض عقود التفضل كعقد الوديعة[3] والعارية بغير أجر[4]. في حين، نراه بخلاف القوانين العربية، أخرج عقد الهبة من نطاق القانون المدني، واعتبره داخلا في نطاق الأحوال الشخصية، وبالتالي، فقد تناول النص عليه قانون الأسرة في المواد202 ـ 211، بينما أدخلته القوانين العربية في نطاق القانون المدني، واعتبرته من العقود المالية.

وفي الفقه الاسلامي، تندرج تحت التبرع، ثلاثة أنواع: 1)تبرع محض، كالهبة، والصدقة، والوصية، والوقف، والاعارة. 2)تبرع ابتداء، وهو معاوضة انتهاء كالقرض والكفالة، والهبة بشرط العوض. 3)تبرع ضمن عقود معاوضة، كالمحاباة في البيع والشراء وكالزيادة في المهر[5].

وتندرج هذه الأنواع من التصرفات الواردة بالفقه الاسلامي ضمن الحالات التي يدق فيها التمييز، والتي سوف نتعرض لها. فغالبا ما نكون أمام تصرفات ذات طبيعة معقدة، اذ هناك عقود تكون تبرعا من ناحية أحد المتعاقدين، ومعاوضة من ناحية المتعاقد الآخر. كما أن هناك عقودا ليست تبرعات خالصة، بل يدخل فيها عنصر المعاوضة. وهذه التصرفات من الأهمية بمكان للتعرف عليها، وعلى كيفية تطبيق قواعد الدعوى البولصية بصددها.

---

(1) "السنهوري": الوسيط، ج 5، السابق الذكر، ص 262 ف. 59.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء 4، ص 244. أشار الى ذلك "السنهوري" في الوسيط ج. 5: الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، ص 9.

(3) نظم المشرع الجزائري عقد الوديعة في المواد من 590 الى 595.

(4) نظم المشرع الجزائري العارية بغير أجر في المواد من 538 الى 543. وعرف في المادة 538 العارية بغير أجر، كما يلي: "العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة، أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال".

(5) أشار الأستاذ "أحمد ابراهيم" في التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، ص 655. أشار الى ذلك "السنهوري" في الوسيط ج.5، السابق الذكر، ص 3

أولا : عقود المعاوضة التي تنطوي على غبن [1] فاحش

تعتبر عقود معاوضة، يشترط للطعن فيها بالدعوى البولصية وجود غش في جانب المدين وغش من جانب المتصرف اليه .

و يرى "بلانيول و ريبر و ردوان" [2]، أن وجود عدم التناسب بين ما يأخذه الدائن و ما يعطيه المدين يقوم ذاته قرينة على الغش سواء في جانب المدين أو في جانب من تعاقد معه ، بينما يميز "السنهوري" [3] بين ما اذا كان الثمن جديا ، أو تافها . فما اذا كان الثمن جديا ، و انطوى على غبن فاحش ، فالعقد معاوضة ، و يشترط للطعن فيه الغش في جانب المدين ، و في جانب من تصرف له المدين . أما اذا كان الثمن تافها ، فيكون العقد تبرعا ، و لا يشترط الطعن فيه الغش اطلاقا . و من أمثلة عقود المعاوضة ، التي تنطوي على غبن فاحش ، الوفاء بمقابل ، اذا كان المقابل الذي أخذه المدين يزيد كثيرا على حقه [4] . و من أمثلة ذلك أيضا عقود المعاوضة التي يجاوز فيها التزام المدين بكثير التزام الطرف الآخر [5] . و غالبا ما يكون هذا النوع من التصرفات في عقود المحاباة ، و مثالها أن يبيع شخص عينا لآخر بثمن بخس حاباه فيه بقصد التبرع ، و هذه العقود تشتبه بالغبن .

و يرى "السنهوري" ، أن عقود المحاباة هي هبات مستترة في عقد بيع [6] ، و نحن نؤيده في ذلك ، و بالتالي ، نرى أنه يطعن في هذا التصرف بدعوى الصورية ، و ليس بالدعوى البولصية . و في رأينا ، أن هذا النوع من العقود ، أي عقود المحاباة ، و ان كان هو الغالب في الحياة العملية ـ لأن التصرفات بعوض ، كقاعدة عامة ، تكون أقل من التبرعات محل ارتياب و شك في اشتباهها بالغش [7] ـ يثير صعوبة من حيث الاثبات ، اذ كثيرا ما

---

(1) الغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد و ما يأخذه .

(2) "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق ، ص 367 ف . 936 . و من أحكام القضاء التي نشير اليها في هذا الصدد ، أنظر ما سبق عند كلامنا عن الاثبات ، اذ رأينا أنه فيما يتعلق بالمعاوضات ، تعتبر تفاهة الثمن من القرائن و الدلائل المؤكدة للغش ، ص 15 هامش (2) من هذا البحث .

(3) "السنهوري" : الوسيط ج 2 ، السابق الذكر ، ص 1045 ف . 594 .

(4) أنظر حكم هذا التصرف (الوفاء بمقابل) في ص من 109 الى 111 من هذا البحث .

(5) أنظر في القانون التجاري ، كيف أن المشرع عند تنظيمه للافلاس أخضع هذه الحالة الى عدم النفاذ الوجوبي ، و جعل من هذا التصرف قرينة لا تقبل اثبات العكس على وجود غش من جانب المدين (المادة 247 / 2 ق . ت . جزائري ، و هي تقابل المادة 98 / 2 ت . فرنسي) و نلاحظ أن المشرع الفرنسي ، هنا ، اعتبر ـ ـ هذا التصرف قرينة على الغش لا تقبل العكس بينما في القواعد العامة للدعوى البولصية ، اشترط دائما الغش من جانب المدين .

(6) "السنهوري" : الوسيط ج 5 ، السابق الذكر ، ص 83 ف . 51 .

(7) يقول "فيدال جوزي" ، رسالته السابقة الذكر ، ص 141 أن : "Les actes à titre onéreux sont en règle générale moins suspectés de fraude que les libé--ralités. De plus le fraudator obeit assez rarement à des fins altruiste, et lorsqu'il y obeit, il dissimule presque toujours la libéralité sous l'apparence d'un acte à titre onéreux".

يصحب القول بأن المقابل تافه ، و ذلك بالنظر الى الظروف الاقتصادية التي صاحبت التصرف أو طرأت بعد ذلك . فقد يدعي المتعاقد مع المدين أن التصرف بيع، و يدعي الدائن أنه بيع يستر وراءه هبة، و أن التصرف يجاوز فيه التزام المدين التزام المتصرف اليه فيتوقف الأمر حينئذ على وقائع الدعاوى ، و ما يقدمه كل من الدائن و المتصرف اليه من أدلة اثبات يقدرها قاضي الموضوع . و يكون الاثبات بجميع الطرق بما فيها البينة و القرائن . و قاضي الموضوع هو الذي يبت فيما اذا كان التصرف المطعون فيه هبة مستترة، ناظرا في ذلك الى ظروف التصرف و ملابساته ، و لا معقب على تقديره من المجلس الأعلى .

هذا و تبدو صعوبة أكثر بالنسبة الى بعض التصرفات ذات الطبيعة المعقدة ، أو المتغيرة تبعا لكل حالة، اذ هناك عقود تكون معاوضة من ناحية أحد المتعاقدين ، و تبرعا من ناحية المتعاقد الآخر .

ثانيا : هبات المكافأة "Donations rémunératoires" و الهبات المثقلة بأعباء " les donations avec charges" .

فبالنسبة الى هبات المكافأة، يقصد بها الهبات المقدمة من شخص اعترافا بجميل أسداه اليه الموهوب له . و هبات المجازاة ، أو المكافأة هذه تنتفي فيها نية التبرع . و يرى "السنهوري" [1] في هذه الهبة، أنها في حقيقتها ، معاوضة خاصة اذا كانت وفاء لالتزام طبيعي [2] ، كأن يعطي الشخص خادمه مبلغا من المال مكافأة له على اخلاصه في العمل . و نادرا ما تدخل في هذا النوع من المعاوضة نية الغش ، فلا يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية، اللهم الا اذا افترضنا أن المدين كان مدفوعا في هبته الى جانب الاعتراف بالجميل، بنية الاضرار بدائنيه ، فبالغ في قيمة الهبة . ففي هذه الحالة يجوز الطعن في هذه الهبة مع اشتراط اثبات الغش [3] .

أما بالنسبة الى الهبة المثقلة بأعباء، أو تكاليف ، فهي أكثر تعقيدا ، طالما أن التصرف لا يهم فقط الموهوب له ، و لكن أيضا المستفيد من الهبة، و هذه الهبة قد نصت عليها المادة 202/2 من قانون الأسرة الجزائري ، و ذلك بعد تعريفه للهبة في

---

(1) "السنهوري" : الوسيط ج 5، السابق الذكر، ص 16 .

(2) و يوجد هذا الالتزام الطبيعي بقيود ثلاثة :

1) أن تكون الخدمات مقدرة القيمة، أي يمكن تقديرها بالنقود .

2) و ألا يكون في تأديتها وفاء بالتزام مدني .

3) و ألا تكون قد قدمت على وجه التبرع .

أشار الى ذلك ، "السنهوري" في الوسيط ج 5، السابق الذكر، ص 16 هامش (3) .

و من الفقهاء الذين أشار اليهم : "أوبري و رو و اسمان" ، طبعة 10، ص 397 ف 644 ، "بودري و كولان" ، الطبعة الثالثة في الهبات ج 10، ف 2135 .

(3) يقول "بلانيول و ريبر و ردوان" السابق الذكر، ص 265 ف 934، في هذا الصدد :

"Il faut rechercher quelle est dans chaque espèce la nature véritable de l'acte et dans quelle mesure le tiers a fourni la contre valeur de ce qu'il reçoit".

المادة 1/202 ، و تقضي المادة 202 من قانون الأسرة[1] ، بما يلي :

"ــ الهبة تمليك بلا عوض .

ــ و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تماما على انجاز الشرط "[2] .

بينما تناولت التشريعات العربية عقد الهبة في القانون المدني ، اذ نصت المادة 2/486 مدني مصري[3] على ما يلي : "يجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين " .

و قد يكون هذا الالتزام الذي يفرضه الواهب على الموهوب له التزاما لمصلحة الموهوب له نفسه ، كأن يهب له مبلغا من المال ، و يلزمه بالانفاق منه على تحصيل العلم أو شراء أشياء يدخرها أو نحو ذلك مما هو في مصلحة الموهوب له . و في هذه الحالة لا يثار أية مشكلة في اعتبار التصرف هبة ما دام أن كل من الالتزام و الهبة لفائدة الموهوب له[4] .

على أنه يجوز أن يكون الالتزام الذي يفرضه الواهب على الموهوب له ، لمصلحة شخص أجنبي ، أو للمصلحة العامة . و هذا ما يعرف باسم "الهبة" .

و يرى "السنهوري" ، أن الهبة بعوض تعتبر عقد معاوضة خاصة اذا التزم الموهوب له بدفع العوض للغير ، و من ثم ، يجب لنجاح الدعوى البولصية في هذه الحالة ، اثبات الغش و الاشتراك في الغش[5] .

---

(1) المشرع الجزائري قد أدخل عقد الهبة في نطاق الأحوال الشخصية ، و بالتالي ، فان الشريعة الاسلامية هي التي تحكمه و قد أورد المشرع الجزائري في المادة 1/202 من قانون الأسرة التبرع المحض ، و في الفقرة الثانية من المادة 202 ق . الأسرة ، الهبة بعوض ، و هي التي أوردها الفقه الاسلامي تحت نوع ما هو تبرع ابتداء و معاوضة انتهاء . أنظر ما تقدم ، الدعوى البولصية في الشريعة الاسلامية ، ص 15 الى 17 من هذا البحث .

(2) يلاحظ أن النص العربي هنا مخل و غير دقيق في صياغته . و اذا رجعنا الى النص الفرنسي ، فهو يفيدنا أن الهبة تتم بانجاز الشرط الذي اشترطه الواهب على الموهوب له . و ها هو نص المادة 2/202 بالفرنسية : "Il est permis au donateur d'exiger du donataire l'accomplissement d'une condition qui rend la donation définitive" و نتمنى تصحيح النص العربي ، حتى يصبح كالآتي : "و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ، يتوقف تمام الهبة على انجازه " .

(3) تقابل المادة 2/486 م مصري ، المواد 2/454 م . سوري و 2/475 م . ليبي . و كذا القانون العراقي و اللبناني قد نظما عقد الهبة ، و لا يختلف حكمهما عن حكم التقنين المدني المصري . أشار الى ذلك "السنهوري" في الوسيط ، ج5 ، السابق الذكر ، ص 4 .

(4) "السنهوري" : الوسيط ، ج5 ، السابق الذكر ، ص 13 ف 4 .

(5) "السنهوري" : الوسيط ، ج2 ، السابق الذكر ، ص 1045 ف 594 .

و يتجه جانب من الفقه الفرنسي الى نفس الرأى، و يرى "جروبيه"[1] أنه يجب لتحديد طبيعة هذا التصرف أن نفحصه في علاقة الواهب بالموهوب له، و لكي نحصل على نفاذ كلي للهبة، يجب أن نفحص طابع التصرف المطعون فيه في علاقة الواهب بالمستفيد من تنفيذ الالتزام المفروض على الموهوب له، و على ضوء هذه العلاقة، يكيف التصرف فيما اذا كان معاوضة أو تبرعا، فاذا كان الالتزام الذى فرضه الواهب على الموهوب له هو أن يوفي لبعض دائنيه، ففي هذه الحالة، يكون وضع الغير المستفيد من الهبة و هو دائن للواهب مماثل لوضع المتصرف اليه بعوض فيما يتعلق بجزء الهبة المتعلق بتنفيذ الالتزام[2]، و بالتالي، فعلى الدائن الذى يريد أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية، أن يثبت اشتراك الغير المستفيد من تنفيذ الالتزام المفروض على الموهوب له في الغش.

و هكذا، بعد أن فرغنا من الهبات بأنواعها، ننتقل الى نوع آخر من التصرفات التي يدق فيها التمييز، و هي عقود المهر.

ثالثا: عقد المهر.

من بين ما أثير حوله الجدل في فرنسا، عقد المهر، و هبة الزواج أو البائنة (Dot) فقد أثير في شأنه خلاف حاد لا ندخل في تفاصيله. و قبل أن نحدد موقف القضاء منه، يحسن بنا أن نعرف ما المقصود بهبة الزواج، (عقد "الدوطه" Dot)، فهو يقصد به ما يخرجه الوالد لولده، أو لابنته بمناسبة زواجهما من مال أو متاع".

و يميز القضاء الفرنسي بين العقد الذى أعطيت به "الدوطه" و الصادر من أحد الزوجين، و بين العقد المنشيء للدوطه، و الصادر من الغير لفائدة الزوج أو الزوجة.

فبالنسبة الى انشاء الدوطه من طرف الزوجة نفسها بواسطة عقد الزواج، يعتبر معاوضة بالنسبة الى الزوج لقاء ما يقوم به هذا الأخير من الأعباء الزوجية، و بالتالي، اذا أراد دائنو الزوجة الطعن في مثل هذا التصرف بالدعوى البولصية، فما عليهم الا أن يثبتوا غش الزوجة، و علم الزوج بهذا الغش[3]. أما العقد المنشيء للدوطه الصادر من الغير، و هذا هو العقد الذى أثير حوله الخلاف، و القضاء مازال مترددا بصدده. فهناك رأى

---

(1) "جروبيه": رسالته السابقة الذكر، ص 257 ف. 174.
و من هذا الرأى أيضا: "ديموج": المرجع السابق، ص 412 ف. 136.

(2) "بلانيول و ريبر و ردوان": المرجع السابق، ص 265 ف. 934. و هم يتجهون الى نفس ما ذهب اليه "جروبيه"، و يماثلون وضع الغير المستفيد من الهبة بخلف الخلف (المتصرف اليه الثاني) اذ يقولون: "Le tiers bénéficiaire est assimilable à un sous-acquéreur pour la part de la donation afférente à l'exécution de la charge....etc..".

(3) عرائض 6 جوان 1949، داللوز الدورى 49. 1. 324.
وردت الاشارة الى ذلك في جيريس كلاسيير، السابق الذكر، ص 25 ف. 224.

في القضاء، يتجه الى اعتبار أن مثل هذا العقد له طابع التبرع، سواء في مواجهة الزوج أو الزوجة. وبالتالي، فان نجاح الدعوى البولصية في هذه الحالة، لا يتوقف الا على اثبات الغش في جانب مقدم الدوطة (أي المدين) ولو كان الزوج والزوجة حسني النية[1]. بينما ذهب رأي الى اعتبار انشاء الدوطة، عقدا بدون عوض بالنسبة الى الزوجة، ومعاوضة في مواجهة الزوج الذي تلقاه عن الزوجة. وفي هذه الحالة، نكون بصدد ما نصت عليه المادة 192/4 مدني جزائري، وما يقابلها في القوانين العربية في عبارتها الأخيرة[2]. وبالتالي، كما سبق أن رأينا، يشترط للطعن في مثل هذه الحالة من طرف دائني منشيء الدوطة (الأب) اثبات غش الزوج، وغش منشيء الدوطة (الأب)، دون غش الزوجة وهذا في القانون المدني الفرنسي[3]. بينما عندنا، فعلى دائني المدين أن يثبتوا فقط غش الزوج، أي علمه باعسار المدين وقت انشائه الدوطة.

وتذهب معظم الأحكام القضائية الى أن انشاء الدوطة من طرف الغير (الأب) الى الابنة بمناسبة زواجها، هو عقد معاوضة، سواء في مواجهة الزوجة أو الزوج. ويجب أن يعالج كتصرف بعوض، وبالتالي، فعلى الدائنين اذا أرادوا الطعن في مثل هذا العقد، أن يثبتوا غش كل من الزوج، والزوجة، أي اشتراكهما في الغش[4]، بمعنى أننا في هذه الحالة، أمام تصرفين كلاهما معاوضة.

هذا بالنسبة الى القانون المدني الفرنسي. أما بالنسبة الى الشريعة الاسلامية فان تجهيز الأب لابنته، أو تقديم أحد أقاربها معونة لها، يعتبر تبرعا يجوز الطعن فيه من قبل الدائنين دون حاجة الى اثبات الغش، الا اذا كان الأب ملزما التزاما طبيعيا[5] بتجهيز ابنته أو تقديم مهر لابنه ليعينه على الزواج. ففي هذه الحالة، يكون الأب انما يوفي بالتزام طبيعي، ولا يجوز الطعن في هذه العطايا بالدعوى البولصية[6]، على

---

(1) "ريوم" Riom : 13 جانفي 1845، داللوز الدوري 45. 2. 91. وأنظر المادة 2/29 من القانون التجاري الفرنسي، فقد اعتبرت صراحة عقد انشاء الدوطة من قبيل التبرعات.

(2) أنظر المادة 192/4م جزائري، وما يقابلها في القوانين العربية، ص124 هامش(2).

(3) عرائض 25 فيفري 1845، داللوز الدوري 1845 عدد 1 برقم 174 - عرائض 18 نوفمبر 1861، داللوز الدوري 62. 1. 221. وردت الاشارة الى ذلك في جيريس كلاسير، السابق الذكر، ص 25 ف. 229.

(4) نقض فرنسي 18 جانفي 1887 داللوز الدوري 87 عدد 1 برقم 237 - وسيريه 87 عدد 1 برقم 97 - ملاحظة "لابيه". وعكس ذلك "أوليان" 3 جوان 1893 داللوز الدوري 93 عدد 2 برقم 284 - أشار الى ذلك "كولان وكابيتان": السابق الذكر ص 779 ف. 1377.

(5) وفقا للرأي الراجح في الفقه الفرنسي الحديث، أن تنفيذ الالتزام الطبيعي يجب أن يعامل كتصرف بدون مقابل بالنسبة الى قواعد الدعوى البولصية. أنظر في ذلك "جروبيه": رسالته السابقة الذكر، ف. 161 - و"فلور" Flour : مفهوم الالتزام الطبيعي ودوره في القانون المدني بالاشتراك مع كابيتان"، ج 7، ص 823. وردت الاشارة الى ذلك في جيريس كلاسير، ص 23 ف. 203.

(6) استئناف مختلطة 3 مارس سنة 1920 م32، ص 345 - 22 أبريل 1920 م32 ص 257. أشار الى ذلك "السنهوري" في الوسيط ج2، ص 1046 هامش(1).

شرط ألا يجاوز في تجهيزه لابنته أو في اعطائه المهر لابنه الحد المألوف ، أي جهاز المثل (1) اضرارا بحقوق دائنيه . أما بالنسبة الى المهر الذي يقدمه الزوج الى زوجته، فلا يعتبر من التبرعات (2) لأنه يمثل بدل الاستمتاع في رأي فقهاء الشريعة (3) . و اذا رجعنا الى قانون الأسرة الجزائري ، نجده قد جعل المهر ركنا في عقد الزواج . و هذا ، ما تناولته المادة 9 ق . الأسرة الجزائري، بنصها على ما يلي : "يتم عقد الزواج برضا الزوجين ، و بولي الزوجة، و شاهدين و صداق" . و لهذا ، يشترط للطعن في المهر المقدم من الزوج الى زوجته ، أن يثبت دائنو الزوج اشتراك الزوجة في الغش مع زوجها للزيادة في مهرها زيادة فاحشة بقصد الاضرار بحقوق الدائنين . أما الهدايا التي يقدمها الخطيب الى خطيبته أو الزوج الى زوجته ، فتعتبر من التبرعات ، و لا يشترط فيها الغش . و في رأينا أنه يجب أن تستثنى الهدايا الصغيرة المعتادة . كما يلاحظ أن الوصية ، و هي تبرع مضاف الى ما بعد الموت ، لا يجب أن تخضع للطعن بالدعوى البولصية ، لانتفاء مصلحة الدائنين في عدم نفاذها ، اذ القاعدة أنه "لا تركة الا بعد سداد الديون" .

رابعا : انشاء تأمينات" Constitution de suretés" .

قد أثيرت نفس الصعوبات فيما يتعلق بتكييف انشاء أو اعطاء ضمانات من المدين لأحد دائنيه ، و خاصة فيما يتعلق بالرهن ، و الكفالة .

ففيما يتعلق بالرهن ، يفرق الفقه بين ما اذا كان قد قدم في نفس الوقت مع نشوء الدين ، فهنا لا تثار أية مشكلة لأن ترتيب الرهن كان معاصرا لنشوء الدين ، و بالتالي فهو يأخذ طابع العقد الأصلي (4) ... ، و بين ما اذا كان الدين ، وقت نشوئه في ذمة المدين دينا عاديا غير مضمون بتأمين خاص ، ثم رتب هذا الضمان بصورة لاحقة دون أن يكون مصاحبا لنشوء الدين . فهذا الفرض هو الذي أثار الخلاف ، و يميز الفقه في هذه الحالة بين فرضين لتكييف طبيعة الضمان فيما اذا كان معاوضة أو تبرعا ، فيجب البحث فيما اذا كان الذي

---

(1) أنظر في المهر و جهاز المثل ، كتاب لـ "الامام محمد أبو زهرة" : "الأحوال الشخصية ، 3 أوت 1957 ، ص 195 الى 267 . و عرف "المهر بأنه حق من حقوق الزوجة على زوجها ، و هو حكم من أحكام عقد الزواج أي أثر من آثاره ، و ليس شرط صحة ، و لذا ينعقد الزواج من غير ذكر المهر ، بل ينعقد الزواج و يلزم المهر ، و لو اتفق الزوجان على أن لا مهر" ، ص 195 . و أنظر المادة 229 من القانون التجاري المصري ، و لا مقابل لها في قانوننا ، التي تنص على ما يلي : "يحكم ببطلان كل عقد ينقل الملكية على وجه التبرع في أي وقت حصل اذا كان المفلس عالما في ذلك الوقت بقرب وقوع أشغاله في سوء الحال ، و لو كان الذي حصل له التبرع لم يعلم الا اذا كان التبرع هبة زواج لا مبالغة فيها" .

(2) "السنهوري" : الوسيط ج 2 ، السابق الذكر ، ص 1046 ف . 594 .

(3) قال الله سبحانه و تعالى : " و أحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين " ، و قال تعالى أيضا : "و آتوا النساء صدقاتهن نحلة" . فاستخلص فقهاء الشريعة من هاتين الآيتين أن المهر واجب بايجاب الشارع . أشار الى ذلك "الامام أبو زهرة" في كتابه السابق الذكر ، ص 197 ف . 135 .

(4) أنظر "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق ، ص 266 ف . 935 .

حصل على الضمان قد أدى مقابلا أو لا (1).

أ) اذا كان الدائن قد حصل على هذا الضمان من مدينه بدون مقابل، فهنا يعتبر التصرف من قبيل التبرعات، و بالتالي، لا يشترط للطاعن فيه بالدعوى البولصية غش الدائن الذي حصل على هذا الضمان، بل و لا غش المدين الذي أعطى هذا الضمان بالنسبة الى قوانيننا (2). أما بالنسبة الى القانون الفرنسي، و اللبناني، و الروماني، فيشترط اثبات غش المدين الذي أعطى هذا الضمان .

ب) اذا كان الدائن قد أدى للمدين مقابلا لحصوله على الضمان، و غالبا ما يكمن هذا المقابل من جانب الدائن في مد أجل الدين، أو اعطاء أجلا جديدا للمدين، أو تخفيض جزء من الدين، و في هذه الحالة، يكون التصرف معاوضة، و يشترط للطاعن فيه بالدعوى البولصية، اثبات التواطؤ بين المدين و الدائن الذي حصل على الضمان (3).

و قد سبق أن وضحنا موقف قوانيننا من هذه الحالة، و أنها حسمتها بنص صريح مقتضاه أن الدائن اذا نجح في الطعن في التصرف، اعتبر الضمان الخاص الذي حصل عليه الدائن غير نافذ في حق سائر الدائنين (4)، و أنها اشترطت في هذه الحالة صراحة لفظ "التواطؤ"، و لم تكتف بالعلم بالاعسار (5)، و تلتقي بذلك مع أحكام القضاء الفرنسي الحديث التي تعلن صراحة أنه : "فيما يخص غير التجار، يكون التصرف الذي محله ضمان المحافظة على حق الدائن غير قابل للطعن بموجب المادة 1167 الا اذا كان ما بين المتعاقدين اتفاق مسبق على الغش بقصد الاضرار بباقي الدائنين" (6).

---

(1) من الفقه العربي، أنظر ص، 82 هامش (2) ... و من الفقه الفرنسي، أنظر "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق، ص، 266، نقض فرنسي 12 أوت 1876، سيريه 77، 1، 54.
أشار الى ذلك "بلانيول و ريبر و ردوان"، السابق الذكر، ص، 266 هامش (2) .
(2) بالنسبة الى قوانيننا، أنظر ذلك في ص، 82 من هذا البحث.
(3) عرائض 22 أوت 1882 داللوز 83، 1، 296، سيريه 83، 1، 25.
أشار الى ذلك "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق، ص، 266 هامش (4) .
(4) أنظر ما تقدم، المادة 196 / 2 م جزائري، و ما يقابلها في القوانين العربية، ص، 82 هامش (1) .
(5) أنظر ما سبق فيما يتعلق بتبرير الفقهاء للتفرقة بين التصرفات بعوض العادية من حيث الاكتفاء فيها "بالعلم بالاعسار"، و بين التصرفين المتمثلين في الوفاء و الضمان و اللذان يشترط فيهما التواطؤ، ص، 108 - 109 من هذا البحث .
(6) نقض مدني 7 جويلية 1896، داللوز 96، 1، 520، عرائض 6 جوان 1913 داللوز 14، 1، 49، نقض مدني 17 جويلية 1945 سالجازيت دي باليه "، السابق الذكر، و كذلك عرائض 24 جانفي 1900 داللوز 1900، 1، 207. أشار الى ذلك "فيدال جوزي" رسالته السابقة الذكر، ص، 144 هامش (5) .
و أنظر في القانون التجاري المادة 247 / 5 ت، جزائري، تقابلها المادة 29 / 6 ت، فرنسي، و المادة 227 ت، مصري، (في هذه المواد، جعلت التشريعات من التأمينات الضامنة لديون سابقة، نشأت عادية، قرينة على الغش لا تقبل اثبات العكس، و أخضعت مثل هذا التصرف الى عدم النفاذ الوجوبي .) .

بقيت حالة أخيرة من الحالات ذات الطبيعة المعقدة، و الغامضة، و هي حالة الضمان الصادر من الغير. كما هي الحال بالنسبة الى الكفالة[1]، فهي تبرع من جهة الكفيل اذا لم يأخذ عوضا لا من المدين، و لا من الدائن، و هي معاوضة من جهة الدائن، و لتكييف التصرف فيما اذا كان معاوضة أو تبرعا، يجب أن نحدده في مواجهة الدائن المستفيد من التصرف، لأنه هو الذى تمارس ضده الدعوى البولصية[2]. و بالتالي نلجأ في هذه الحالة، أيضا، الى التمييز بين ما اذا كان الدائن قد أعطى مقابلا لهذا الضمان بأن مد مثلا في أجل الدين، أو حصل على هذا الضمان دون مقابل، ففي هذه الحالة الأخيرة، تعتبر الكفالة تبرعا لا يشترط للطعن فيها بالدعوى البولصية، أى شرط بالنسبة الى غش الكفيل أو المتبرع له. أما في الحالة الأولى، فان الكفالة تعتبر عقد معاوضة في مواجهة الدائن، و تبرعا بالنسبة الى الكفيل. و العبرة في ممارسة الدعوى البولصية بمن حصل له التصرف، أى الدائن الذى حصل على الضمان، و يكون التصرف معاوضة. و لهذا، لكي يتمكن دائنو الكفيل من الطعن بعدم نفاذ التصرف في مواجهتهم، يجب عليهم أن يثبتوا غش الكفيل، و غش الدائن الذى حصل منه على الضمان.

و نقصد بالكفالة، الكفالة بنوعيها، أى، سواء كانت عينية و هي عقد يقدم بمقتضاه الكفيل عينا معينة لضمان الدين، و يترتب عليه أنه ينقص من حقوق الكفيل العينية أو شخصية، و هي عقد يكفل به الكفيل شخصيا دين المدين، و يترتب عليه أنه يزيد في التزامات الكفيل الشخصي. و قد سبق أن رأينا أن قوانيننا وسعت في نطاق الدعوى البولصية، و جعلتها تمتد حتى الى التصرفات التي يزيد بها المدين في التزاماته، و لم تقصرها فقط على تلك التي تنقص من حقوقه بخلاف ما كانت عليه الحال في القانون الروماني و ما هي عليه في القانون الفرنسي و اللبناني.

=======

(1) عرف المشرع الجزائرى الكفالة بالمادة 644 م. جزائرى، كما يلي: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه".

(2) أنظر كلا من "بلانيول و ريبير و ردوان": المرجع السابق، ص. 266 ف. 935 - "أوبرى و رو": السابق الذكر، ف. 313، ص. و ملاحظة رقم 30 - "السنهورى": نظرية العقد، السابق الذكر، ص. 863 ف. 735 هامش (2).

المبحث الثاني

الشروط التي ترجع الى حق الدائن .

نعرف أن الدعوى البولصية هي دعوى يهاجم بها الدائن تصرفات مدينه المشوبة بالغش .

ويستخلص من هذا التعريف أنه لكي يستطيع الدائن ممارسة الدعوى البولصية، يجب أن يكون دائنا للمدين، فهي من حق الدائنين فقط الذين يستعملونها باسمهم الخاص، أو ممن حل محلهم كالممثل القانوني [1]، ولكن، حتى يستطيع هذا الدائن أن يمارس الدعوى البولصية، يجب أن تتوافر في حقه بعض الشروط، كأن يكون حقه مستحق الأداء، وسابقا على التصرف الذي يريد أن يطعن فيه بالدعوى البولصية، وأن يكون قد أصابه ضرر من جراء تصرف مدينه المشوب بالغش . ونكتفي بدراسة الشرطين الأولين . أما فيما يتعلق بإصابة الدائن بضرر، فقد سبق لنا دراسته ضمن الشروط الخاصة بالتصرف المطعون فيه [2] .

المطلب الأول

أن يكون حق الدائن مستحق الأداء .

حتى يستطيع الدائن أن يطعن في تصرفات مدينه المشوبة بالغش عن طريق الدعوى البولصية، يجب أن يكون حقه مستحق الأداء [3]، وقد نصت على هذا الشرط، قوانيننا صراحة، اذ قررت المادة 191 مدني جزائري، وما يقابلها في القوانين العربية [4] ما يلي : "لكل دائن حل دينه ...." .

---

(1) بخلاف دعوى الصورية، فانه يستطيع ممارستها المتعاقدان أو ورثتهما . أنظر في ذلك المقارنة بين دعوى الصورية والدعوى البولصية، ص، من - الى من هذا البحث .

(2) فنحن تناولنا هذا الشرط ضمن الشروط الواجب توافرها في التصرف حتى يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية، وذلك بخلاف ما ذهب اليه البعض من دراسة هذا الشرط تحت عنوان الشروط المتعلقة بالدائن : أنظر في ذلك "اسماعيل غانم" : المرجع السابق، ص، 130 ف، 75 ..."أنور سلطان" : المرجع السابق، ص، 33 ف، 40 .

(3) نقض مدني 14 فبراير 1952، مجموعة أحكام النقض 3 رقم 84، ص، 496 (حيث يصرح الحكم بأن الدين يجب أن يكون مستحق الأداء) . أشار الى ذلك "السنهوري" : الوسيط، ج 2، السابق الذكر، ص، 1005 هامش (1) .

(4) أنظر ما يقابل المادة 191م جزائري في القوانين العربية، المواد السابقة الذكر، وهي 237م، مصري، و 238م، سوري، و 263م، عراقي، و 240م، ليبي، و 273ق، موجبات لبناني . وهذه المواد، أدق في الصياغة من المادة 191م، جزائري، اذ تنص على ما يلي : "لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ...... الخ ..." .

و تظهر الأهمية العملية لهذا الشرط، في أنه لا يجوز للدائن الذي يكون حقه معلقا على شرط واقف، أو مقترنا بأجل واقف، أن يمارس الدعوى البولصية. و بهذا تختلف الدعوى البولصية عن الدعوى غير المباشرة(1).

و يبرر الفقه المصري هذا الفرق بين الدعويين، بأن الدعوى البولصية تتضمن تدخلا أشد مدى في شؤون المدين، اذ بواسطتها يطعن الدائن في تصرف صادر من مدينه، و باسمه الخاص، في حين أن الدائن في الدعوى غير المباشرة انما يستعمل باسم مدينه حقا من حقوق هذا المدين(2). و لهذا، فان الدعوى البولصية، هي مقدمة تنفيذ يتلوها التنفيذ حتما، فهي تتجاوز مفهوم الأعمال التحفظية، و ان كانت لا تكون بذاتها عملا تنفيذيا، فهي التمهيد المادي للتنفيذ(3).

و يرد "اسماعيل غانم" على ذلك، أن هدف الدعويين واحد، و هو المحافظة على الضمان العام، اما لتمكين الدائن من التنفيذ على الحق الذي لم يستعمله في الدعوى غير المباشرة، أو لتمكينه من التنفيذ على المال الذي تصرف فيه المدين في الدعوى البولصية. و يكتفي "اسماعيل غانم" في تبريره، اشتراط استحقاق أداء حق الدائن في الدعوى البولصية بما لها من خطورة(4).

هذا بالنسبة الى قوانيننا. أما بالنسبة الى القانون الفرنسي، فانه يلاحظ وفقا لما يذهب اليه بعض الفقه الفرنسي(5) أن اشتراط أن يكون الدين مستحق الأداء، و حرمان الدائن الذي حقه معلق على أجل من استعمال الدعوى البولصية لا أهمية له من الناحية العملية، اذ يستطيع الدائن بعد اثبات اعسار مدينه، أن يطالب من المحكمة اسقاط الأجل، استنادا الى نص المادة 1188(6) م. فرنسي.

---

(1) قارن ذلك بالمادة 189م. جزائري، و ما يقابلها في التقنينات المدنية العربية حيث تكتفي بالنص على ما يلي: "لكل دائن و لو لم يحل أجل دينه ......".

(2) أنظر في تفصيلات ذلك، المقارنة بين الدعوى البولصية و الدعوى غير المباشرة، ص. من الى من هذا البحث.

(3) أنظر "السنهوري": الوسيط ج2، السابق الذكر، ص. 1005 ف. 571 - "عبد المجيد الحكيم": المرجع السابق، ف. 165 - "أنور سلطان": المرجع السابق، ص. 73 ف. 39.

(4) "إسماعيل غانم": المرجع السابق، ص. 179 ف. 74 هامش(1).

(5) يلاحظ كل الفقه الفرنسي، أن المدين، اذا أصبح معسرا، فانه يسقط حقه في الاستفادة من الأجل عملا بالمادة 1188م. فرنسي، و عندئذ تحل آجال الديون و يجوز لدائنيه أن يرفعوا الدعوى البولصية. و لكن يجب استصدار حكم من القضاء.
أنظر في ذلك: "بوريس ستارك": موسوعة دالوز ج1، السابقة الذكر، ف. 83 - "بلانيول و ريبر و ردوان": المرجع السابق، ص. 283 - "ويل و تيرى": المرجع السابق، ص. 934 ف. 834 - "ريبر و بولانجيه": المرجع السابق، ص. 533 ف. 1420.

(6) تنص المادة 1188م. فرنسي على ما يلي: "Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait, il a diminué les suretés qu'il avait données par le contrat à ses créanciers".

وعلى أساس ذلك، يجوز للمرأة - في فرنسا - المتزوجة التي تطالب الطلاق أو التفريق الجثماني، أن تطالب ابطال التصرفات التي أجراها زوجها غشا منه نحو حقوقها من تاريخ الحكم الصادر عن رئيس المحكمة. وهذا ما يستفاد من نص المادة 243 مدني فرنسي، مع أنه يجوز أن يعتبر حق الزوجة في استعادة المال خاضعا الى أجل هو نجاحها في الحصول على الطلاق أو التفريق[1].

وعلى الرغم من أن مسألة الدائنين المعلقة حقوقهم على أجل واقف، تبدو حساسة في القانون الفرنسي، فان هناك حكما قضائيا أعطى حلا قاسيا في هذا الصدد، ورفض الدعوى البولصية[2]، ولقي تأييدا من طرف جانب من الفقه الحديث[3].

هذا، وما تجب ملاحظته، أننا اذا رجعنا الى نص المادة 1/211[4] مدني جزائري نجدها تنص على ما يلي: "يسقط حق المدين في الأجل:

- اذا شهر افلاسه وفقا لنصوص القانون".

يتضح من نص هذه المادة، أن مشرعنا يتكلم عن سقوط الأجل في حالة شهر الافلاس، لأنها حالة نظمها القانون التجاري باجراءات ظاهرة[5]. ولم يذكر شهر الاعسار من بين مسقطات الأجل. وهذا ما يفسر أن المشرع الجزائري لا يعرف نظام الاعسار القانوني الذي نظمته بعض التقنينات العربية، اذ تنص المادة 1/273[6] مدني مصري على ما يلي: "يسقط حق المدين في الأجل:

- اذا شهر افلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون".

---

(1) "جروبيه": رسالته السابقة الذكر، ص 202. وهناك وجهة نظر أخرى، أن الزوجة في هذه الحالة، هي دائنة تحت شرط واقف، وهو نجاحها في طلب الطلاق أو التفريق.

(2) أنظر "ديمولمب": المرجع السابق، ف 231 - "كولان وكابيتان": المرجع السابق، ف 1384.

(3) "ليون" 11 فيفري 1943، نشر في جيبير كاربونيير الدوري 1943 عدد 2 برقم 2238، ملاحظة "كربونييه" Carbonnier. وردت الاشارة الى ذلك في جيبير كاربونيير السابق الذكر، ص 14 ف 127، Fasc. 39.

أنظر "بلانيول وريبر وردوان": المرجع السابق، ص 236 ف 955 - "مازو": السابق الذكر، ف 998 - "كولان وكابيتان": المرجع السابق، ف 1384.

(4) تقابل المادة 1/211م جزائري في القوانين العربية التي لم تنظم هي الأخرى الاعسار المدني، المواد 1/260م ليبي، و 1/113 موجبات لبناني.

(5) أنظر المادة 1/246 ت. جزائري التي تنص على ما يلي: "يؤدي حكم الافتتاح أو التسوية القضائية الى جعل الديون غير المستحقة حالة الأجل بالنسبة الى المدين".

(6) يقابل المادة 1/273م مصري، المادة 1/273م سوري، الذي نظم هو الآخر نظام الاعسار.

و وفقا لما تقدم، ننبه الى أنه لا يوجد أي تعارض بين شرط الاعسار، و بقاء أجل الدين في الدعوى البولصية[1]، نظرا لما للاعسار في هذه الدعوى من معنى خاص يختلف عن الاعسار القانوني[2]، هذا من جهة، و من جهة ثانية، فان الأجل لا يسقط بوجود الاعسار، بل لابد، لسقوطه، من استصدار حكم به . و لتحقيق ذلك، لابد من وجود اعسار قانوني، و هذا أمر جوازي للمحكمة، ذلك أن القوانين التي نظمت الاعسار قد وضعت نظاما للاعسار المدني يجيز للمحكمة أن تقضي بابقاء الأجل أو مده، رغم الحكم بشهر الاعسار، اذ للقاضي سلطة تقديرية[3]. فاذا صدر حكم بشهر الاعسار مسقطا لأجل الدين، لم يعد الدائن في حاجة الى رفع الدعوى البولصية، الا اذا كان ذلك بالنسبة الى تصرف صدر من المدين قبل شهر الاعسار. و عند ذلك، يرفع الدائن الدعوى البولصية بموجب حق مستحق الأداء أسقط شهر الاعسار أجله . أما التصرفات اللاحقة لحكم شهر الاعسار، فهي غير سارية في حق الدائنين .

هذا فيما يتعلق بمسألة الدائن المعلق حقه على شرط واقف، أو أجل واقف، أما بالنسبة الى الدائن الذي حقه معلق على شرط فاسخ، أو مقترن بأجل فاسخ فانه يستطيع اقامة هذه الدعوى، لأن الشرط الفاسخ، و الأجل الفاسخ، لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الأداء، قبل تحقق الشرط، أو حلول الأجل[4].

و اذا توافر في حق الدائن شرط استحقاق الدين، فانه يستوي في استعمال الدعوى البولصية، كل دائن مهما كانت صفته، سواء كان دائنا شخصيا، أو دائنا مرتهنا، أو دائنا له حق امتياز[5]، اذ لا يجوز أن يكون الرهن، أو الامتياز الذي أريد

---

(1) أنظر محاولة للتوفيق بين اشتراط استحقاق حق الدائن و اشتراط الاعسار على أساس أن للاعسار في الدعوى البولصية، معنى خاصا . "السنهوري" : نظرية العقد، ص 782 هامش (3) ــ الوسيط ج 2، السابق الذكر، ص 1006 هامش (3) .

(2) قد سبق أن فرقنا بين الاعسار القانوني، و الاعسار الفعلي، و رأينا أن هذا الأخير هو المطلوب كشرط لاستعمال الدعوى البولصية . و ما يلاحظ على الفقه الفرنسي و على المادة 1233 م . فرنسي، السابقة الذكر، أنهم يتكلمون عن الاعسار القانوني . و يرى "جروبيه" لتبرير ذلك، أن القانون الفرنسي، يعرف درجتين من الاعسار : اعسار بسيط، و هو الذي يسمح بممارسة الدعوى البولصية، و اعسار قانوني (Déconfiture)، و هو نوع من الاعسار المدعم، يلتقي كل آثار الاعسار البسيط .
أنظر في تفصيلات ذلك، رسالة "جروبيه "، السابقة الذكر، ص 370 ف . 99 .

(3) أنظر المادة 251 م . مصري، و 252 م . سوري . أشار الى ذلك "السنهوري" الوسيط ج 2، ص 1213 .

(4) أنظر "ديموج " : المرجع السابق، ص 464 ف 677 ــ "بلانيول و ريبير و ردوان " : المرجع السابق، ص 266 ف . 955 . و من الفقه العربي، "السنهوري" : الوسيط ج 2، ص 1006 ف 571 ــ "عبد المجيد الحكيم" : المرجع السابق، ف 166 ــ "أنور سلطان " : المرجع السابق، ص 87 ف . 93 ــ "عبد المنعم البدراوي" : أحكام الالتزام ج . 2، السابق الذكر، ص 165 .

(5) أنظر "بلانيول و ريبير و ردوان " : المرجع السابق، ص 284 ف . 954 ــ "ديموج " : المرجع السابق، ص 466 و 467 ف 1073 الى 1080 ــ "أوبري و رو" : المرجع السابق، ص 198، نص و ملاحظة (2) . و من الفقه العربي، "السنهوري" : الوسيط ج 2، ص 1007 ــ "عبد المجيد الحكيم" : المرجع السابق، ف 167 ــ "أنور سلطان" : السابق الذكر ص 87 ف 92 .

به تقوية حق الدائن سببا في اضعاف هذا الحق، وحرمان الدائن مما هو ثابت لسائر الدائنين[1].

ويفرق الفقه في هذا الصدد بين تصرف المدين الوارد على شيء غير الذى ترتب عليه حق الرهن، أو الامتياز، وبين تصرف المدين الوارد على الشيء الذى ثبت عليه التأمين العيني. في الحالة الأولى، يعتبر الدائن ذو التأمين العيني في مركز الدائن العادى بالنسبة الى الشيء الذى تصرف فيه المدين[2]، ولكن يشترط في هذه الحالة لكي يتحقق الضرر من التصرف المطعون فيه، أن يكون الشيء الذى ثبت عليه التأمين غير كاف لسداد الدين[3]. أما بالنسبة الى الحالة الثانية، أى ورود تصرف المدين على ذات الشيء الذى ترتب عليه حق الرهن أو الامتياز، فان المسألة مختلف فيها. فيرى "السنهورى"[4]، أن الدائن ذا التأمين العيني له الحق في أن يطعن في التصرف، حتى لا يكون مضطرا الى تتبع الشيء في يد الغير، فيعرضه ذلك الى خطر التطهير[5]، بينما يرى "عبد المجيد الحكيم"، أن الدائن، في هذه الحالة، لا يحتاج الى اقامة الدعوى البولصية، لأن التصرف لا يكون نافذا في حقه تطبيقا لقاعدة "اذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع"[6].

ويتجه جانب من الفقه الفرنسي[7]، الى أن الدائن يستطيع أن يطعن بالدعوى البولصية في التصرفات التي وردت على الأشياء المشمولة بالتأمين العيني، بالرغم من وجود بعض الضمانات لهذا الدائن كحق التتبع، وحق زيادة العشر، وحق التنفيذ بحقه على ثمن العين، سواء كان قد استعمل هذه الحقوق، أو امتنع عن استعمالها.

---

(1) أنظر كل الفقهاء المشار اليهم في ص. 145 هامش (2) من هذا البحث.

(2) "السنهورى": الوسيط ج 2، ص. 1007 هامش (1). "عبد المجيد الحكيم": المرجع السابق، ف. 1167. ومن الفقه الفرنسي، "بلانيول و ريبر و ردوان": المرجع السابق، ص. 234 ف. 954. "ديموج": المرجع السابق، ص. 466 ف. 1079.

(3) "السنهورى": الوسيط ج 2، نفس الموضع المشار اليه بالهامش (2). وكذا "عبد المجيد الحكيم": المرجع السابق، نفس الموضع المشار اليه بالهامش (2).

(4) "السنهورى": الوسيط ج 2، ص. 1007 هامش (1).

(5) استئناف مختلط 13 فبراير سنة 1896م ج 7، ص. 120. وعكس ذلك استئناف مختلط 9 مارس 1916م، ج 28، ص. 195. 6 مايو 1919م. ج 31، ص. 292.
أشار الى ذلك "السنهورى" في الوسيط ج 2، ص. 1007 هامش (1).

(6) أنظر "عبد المجيد الحكيم": المرجع السابق، ف. 1167. كما يرى أنه يمكن الوصول الى نفس النتيجة بتطبيق القواعد العامة في الخلف الخاص.

(7) "ديمولمب": المرجع السابق، ف. 228. "أوبرى و رو": المرجع السابق، ص. 194. "بلانيول و ريبر و ردوان": المرجع السابق، ص. 234 ف. 954. "ديموج": المرجع السابق، ف. 1076. ومن أحكام القضاء، نذكر:
... نقض فرنسي 18 فبراير 1878، نشر في سيريه 1878 عدد 1 برقم 165. ووردت الاشارة الى ذلك في جيريس كلاسير، السابق الذكر، (Fasc. 39)، ص. 13 ف. 110.

وطالما أن حق الدائن مستحق الأداء، فانه يستطيع ممارسة الدعوى كذلك حتى لو كان دينه غير معين المقدار[1]، كالمضرور في العمل غير المشروع، فهو يستطيع أن يطعن بالدعوى حتى قبل أن يقدر التعويض المستحق له، وذلك ضد تصرف صدر من مدينه المسئول عن العمل غير المشروع، بهدف "تهريب" ماله حتى لا ينفذ عليه الدائن بالتعويض المستحق له. ولا فرق، كذلك، في رفع الدعوى البولصية بين دائن حقه نقود، ودائن حقه عين، ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل[2]، ولا فرق بين دائن مصدر دينه تصرف قانوني أو واقعة مادية[3].

المطلب الثاني

أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه.

عرفنا أن الدعوى البولصية هي دعوى يطعن بها الدائن في تصرف مدينه المشوب بالغش، اذ، كما يقول "السنهوري"، أنه يمكن تجميع شروط الدعوى البولصية كلها في شرط الغش، وهذا الأخير، لا يتوافر في جانب المدين، الا اذا تصرف تصرفا مفقرا يؤدي الى اعساره للاضرار بدائن حقه ثابت قبل هذا التصرف[4].

بقي أن نتساءل هنا عن مدى الأهمية التي تتقدمها مسألة التواريخ الخاصة بكل من التصرف المشوب بالغش والمطعون فيه بالدعوى البولصية، وتاريخ نشوء حق هذا الدائن الطاعن.

---

(1) "السنهوري": الوسيط، ج 2، ص 1008 ف 578. "عبد المجيد الحكيم": المرجع السابق، ف 168. "أنور سلطان": المرجع السابق، ف 89.
وأنظر أيضا، "ديموج": المرجع السابق، ف 1076. "بوردو"، 18 فبراير 1896، نشر في سيريه 1926 عدد 2 برقم 258، وفي داللوز الدوري 1926 عدد 2 برقم 201، وأنظر عكس ذلك، حيث يشترط أن يكون حق الدائن معين المقدار، ليون، 11 فبراير 1948، السابقة الذكر ص 144 هامش (2) من هذا البحث.
(2) "السنهوري": الوسيط ج 2، السابق الذكر، ص 1008. "عبد المجيد الحكيم": المرجع السابق، ف 168.
(3) "السنهوري": الوسيط ج 2، السابق الذكر، ص 1008.
(4) "السنهوري": نظرية العقد، السابق الذكر، ص 796 هامش (4).

ان الفقه [1] و القضاء [2] يريان ، منذ أمد طويل ، أن حق الطعن ، بالدعوى البولصية ، قاصر على الدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل صدور التصرف المطعون فيه .

و يعلل الفقه شرط وجوب أسبقية حق الدائن عن التصرف المطعون فيه ، بأنه اذا لم يكن حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه ، فلا يكون له الحق في أن يطعن بالدعوى البولصية طالما أن حقه لم يوجد الا بعد صدور التصرف من المدين ، لأنه لا يستطيع أن يدعي حصول ضرر له من وراء هذا التصرف [3] ، فهو عند تعاقده مع المدين ، لم يكن بامكانه أن يعتمد للحصول على حقه عند اخلال مدينه بتنفيذ التزامه على وجود الحق الذي تصرف فيه المدين [4] .

غير أنه يرد على المبدأ المتقدم استثناء يتعلق بامكان ممارسة الدعوى البولصية من طرف دائن لاحق ، أي نشأ حقه بعد صدور تصرف المدين . و يعرف هذا الاستثناء بأنه الاستثناء المتعلق "بتوقع الغش" . و يتصور هذا الفرض في الحالة التي يكون فيها المدين قد صدر منه التصرف المشوب بالغش متوقعا أنه سيصبح مدينا في وقت قريب [5] ، فيعقد التصرف على وجه التخصيص للاضرار بدائن لاحق في المستقبل . و من أمثلة ذلك أن يلجأ المدين الى التصرف في أمواله بالبيع أو الهبة في وقت يسعى فيه لعقد قرض ، بحيث يتم القرض بعد تمام البيع أو الهبة . ففي هذه الحالة ، يجوز للدائن المقرض أن يطعن في الهبة أو البيع بالدعوى البولصية حتى لو أن تصرف المدين سابق على نشوء حقه .

---

(1) أنظر في الفقه الفرنسي ، "أوبري و رو" : المرجع السابق ، ص 198 — "بلانيول و ريبير و ردوان" : المرجع السابق ، ص 236 ف. 956 — "بوريس ستارك" : موسوعة داللوز ج 1 ، السابقة الذكر ، ف. 37 — "ديموج" : المرجع السابق ، ف. 1052 — "مازو" : المرجع السابق ، ف 990 — "ويل و تيري" : المرجع السابق ، ص 933 ف. 874 — "جروبيه" : رسالته السابقة الذكر ، ص 161 ف. 88 و ما يليها .

و من الفقه العربي ، "السنهوري" : الوسيط ج 2 ، ص 1022 ف. 581 — نظرية العقد لنفس المؤلف ، ص 733 ف. 731 هامش (1) — "اسماعيل غانم" : المرجع السابق ، ص 131 ف. 76 — "عبد المجيد الحكيم" : المرجع السابق ، ف. 169 — "أنور سلطان" : المرجع السابق ، ص 33 .

(2) من أحكام القضاء الفرنسي ، نذكر حكم صدر من محكمة "ستراسبورغ" "Strasbourg" في 9 نوفمبر 1951 ، نشر في داللوز 1952 برقم 318 ، السابق الذكر ، و أنظر مجموع الأحكام التي وردت الاشارة اليها في جيريس كالسيير ، السابق الذكر ، ص 15 ف. 122 .

و من أحكام القضاء المصري ، أنظر مجموع الأحكام التي أشار اليها "السنهوري" في الوسيط ج 2 ، السابق الذكر ، ص 1022 هامش (1) .

(3) نقض مدني 4 فبراير 1971 ، مجلة الأسبوع القانوني 1972 عدد 2 برقم 16930 ، ملاحظة " Daget et Spitère" . أشار الى ذلك "مازو" : المرجع السابق ، ف 990 هامش (1)

(4) أنظر في ذلك ، كل الفقه المشار اليه في الهامش (1) نفس الصفحة من هذا البحث .

(5) أنظر في ذلك ، " " " " " " " " " " " .

و يرى "جروبيه "(1) أن الاستثناء المتمثل في توقع الضرر قد ظهر منذ سنة 1844م. اذ في هذا التاريخ ، أبطلت محكمة "بون " ... " ، باستنادها الى المادة 1167 مدني فرنسي ، تصرفا مشوبا بالغش طعن فيه من طرف دائنين لاحقين لهذا التصرف(2) .

بقي أن نتساءل ، هل يمكن أن يعد شرط أسبقية حق الدائن عن التصرف المطعون فيه ، شرطا مستقلا في الدعوى البولصية ، أو أنه يعتبر فقط عنصرا من شرطي الضرر أو الغش؟

يتجه جانب من الفقه (3) ، الى أن اشتراط تأخر تصرف المدين عن حق الدائن ليس في الواقع سوى نتيجة منطقية لشرط الغش .

أما "اسماعيل غانم "(4) ، فهو يرجح ارجاع أسبقية حق الدائن ، الى شرط الضرر ، لا الى شرط الغش ، و حجته في ذلك ، أن الغش ليس شرطا للطعن في التبرعات في حين أن ، من المسلم به أنه يجب أن يكون حق الدائن سابقا على التبرع ، حتى يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية .

و نحن نميل الى هذا الرأي فيما يتعلق بالتبرعات ، خاصة بالنسبة الى قوانيننا التي لم تشترط فيها الغش اطلاقا ، سواء في جانب المدين ، أو في جانب من تصرف له المدين ، و في نفس الوقت نرى أن شرط أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه ، له صلة وثيقة بشرط الغش في المعاوضات التي يشترط للنجاح في الطعن فيها ، اثبات الغش في جانب المدين ، و في جانب من تصرف له المدين . أضف الى ذلك ، أن الغش في الدعوى البولصية ، ما هو الا "علم المدين بما سوف يترتب على تصرفه من ضرر لدائنيه " ، و لذلك ، يكفي أن يعلم المدين أن تصرفه الذي يبرمه ، قد يؤدي الى اعساره ، أو يزيد في اعساره ، مما يدل على أن الضرر أصبح يحتل المرتبة الأولى ، و هو محور الدعوى البولصية .

و هذا ما يفسر الاتجاه الذي يتجه اليه القضاء الفرنسي الحديث : فاذا كنا قد رأينا أن المبدأ قديما ، كان هو أن الدعوى البولصية مقصورة على الدائنين السابقين على التصرف الضار ، و المشوب بالغش ، و لم يكن للدائنين اللاحقين لهذا التصرف الحق في رفع الدعوى البولصية الا على سبيل الاستثناء ، بشرط أن يثبتوا أن المدين المستفيد

---

(1) "جروبيه " : رسالته السابقة الذكر ، ص. 64 ف 34 .

(2) "بون " ، 14 أوت 1844م ، نشر في سيريه 1846 عدد 2 برقم 278 ، و في داللوز 1846 عدد 2 برقم 225 . أشار الى ذلك "جروبيه " : رسالته السابقة الذكر ، ص. 65 هامش (1) .

(3) أنظر من هذا الرأي ، "جروبيه " : رسالته السابقة الذكر ، ص. 66 ف. 44 ، "بلانيول و ريبير و ردوان " : المرجع السابق ، ف. 936 ، "مارتي و رينو " : المرجع السابق ، ف. 702 . و من فقهاء العربية "السنهوري " : نظرية العقد ، ص. 784 ، "الوسيط " ج 2 ، ص. 1028 ، "أنور سلطان " : المرجع السابق ، ص. 89 .

(4) "اسماعيل غانم " : المرجع السابق ، ص. 182 ف. 76 هامش (1) .

قد قام بتصرفه بقصد الاضرار بهؤلاء الدائنين الذين سوف يصيرون دائنيه في المستقبل، الا أن هناك حكما مدهشا قد صدر من الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 أكتوبر 1942[1]، غير من هذا المفهوم، و قضى بأن لبعض الدائنين اللاحقين للتصرف الضار الحق في رفع الدعوى البولصية دون حاجة الى اثبات نية الاضرار لدى المدين، بما سوف يترتب لهم من حقوق قبله في المستقبل .

غير أننا نلاحظ، أن شرط أسبقية حق الدائن، على التصرف المطعون فيه هو مبدأ عام و ضروري لممارسة الدعوى البولصية، و لا يمنع الاستثناء السابق من الرجوع الى هذا الأصل. و من هنا، يتضح لنا مدى أهمية و ضرورة تحديد تاريخ كل من التصرف المطعون فيه، و تاريخ حق الدائن .

فيما يتعلق بتحديد تاريخ حق الدائن طالب الدعوى، فان العبرة بتاريخ نشوء هذا الحق، لا بتاريخ استحقاق أدائه، أو بتاريخ تحديد مقداره، أو بتاريخ الفصل فيما أثير حول وجوده من نزاع، فكل هذه الملابسات لا أثر لها في تحديد تاريخ حق الدائن فيما يتعلق بموضوع الدعوى البولصية[2]. أما فيما يتعلق بتحديد تاريخ التصرف المطعون فيه، فان العبرة بتاريخ انعقاده، لا بتاريخ شهره، ان كان من التصرفات التي يجب شهرها .

و يترتب على المقارنة بين تاريخ نشوء حق الدائن في الوجود، و بين تاريخ صدور التصرف المفقر للمدين، أن الدائن الذي نشأ حقه قبل صدور التصرف من المدين، و لكنه كان مقترنا بأجل واقف، أو معلقا على شرط واقف، يجوز له أن يطعن في تصرف مدينه بالدعوى البولصية بمجرد حلول الأجل، أو تحقق الشرط[3]، و كذا الشأن بالنسبة الى الدائن الذي يكون حقه متنازعا فيه، و ذلك بعد أن يصبح حقه خاليا من النـزاع . مثال ذلك، الدائن الذي يكون مصدر حقه فعلا ضارا، و يرفع دعوى تعويض على مرتكب الفعل الضار، و لم تصدر المحكمة بعد الحكم لتقدير التعويض، فان هذا الدائن يستطيع أن يطعن في تصرف مدينه الذي يبرمه في الوقت الذي رفع فيه الدعوى ، و ذلك بهدف حرمانه من حقه في التنفيذ على أمواله، اذا حصل على حكم لمصلحته،

---

(1) نقض فرنسي 26 أكتوبر 1942، نشر في داللوز الأسبوعي 1943، ص 13. "و كان موضوع الدعوى التي صدر بصددها هذا الحكم، هو هبة قام المدين بابرامها، قبيل نشوء حق دائنيه، و لكنه قام بتسجيل هذه الهبة بعد نشوء حق دائنيه. و قد رأت المحكمة في حكمها هذا، أن حق الدائن المدعي و لو أنه نشأ بعد ابرام عقد الهبة، قد ثبت قبل وقوع الحادث الضار الذي هو تسجيل" ،

وردت الاشارة الى هذا الحكم، في بحث "سيناي"، السابق الذكر، ص 196 هامش (6) .

(2) أنظر مجمل الأحكام المشار اليها في "بيرين"، كاسيره السابق الذكر، ص 15 ف. 124 .

(3) أنظر في ذلك، "السنهوري" : نظرية العقد، السابق الذكر، ص 762 هامش (3)، "أنور سلطان" : الموجز السابق، ص 89 .

بحيث يصبح حقه خاليا من النزاع(1)، على الرغم من أن التصرف قد سبق الحكم، لأن العبرة بوقت وقوع الفعل الضار، وليس بوقت صدور الحكم، لأن الأحكام تعتبر في الأصل كاشفة للحقوق، وليست منشئة لها، بينما الفعل الضار يعتبر المصدر الحقيقي في التعويض، وهذا ما نصت على اعتباره كذلك قوانيننا صراحة(2).

هذا، وإذا كانت العبرة في تصرف المدين بتاريخ انعقاده، لا بتاريخ شهره، ان كان من التصرفات التي تستوجب الشهر، كأن يكون التصرف المطعون فيه بيع عقار، فلنجاح الدعوى البولصية، هنا، يشترط في حق الدائن أن يكون سابقا على انعقاد البيع، حتى لو لم يسجل البيع الا بعد نشوء حق الدائن، لأن التسجيل ليس شرطا لانعقاد التصرف ذاته، وانما يعتبر شرطا لنقل الملكية(3).

ونظرا للأهمية التي يكتسبها حق الدائن للنجاح في الطعن بالدعوى البولصية، اذا كان سابقا على نشوء تصرف المدين المشوب بالغش، ينبغي لنا، أن نعرف كيفية اثبات هذه الأسبقية.

- اثبات أن حق الدائن سابق في النشوء على تصرف المدين:

طبقا للقاعدة العامة، فان الدائن الذي يطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية، هو الذي يتحمل عبء اثبات أن حقه سابق في نشوئه على تصرف مدينه المطعون فيه. أما عن كيفية مسألة الاثبات، فانها تختلف باختلاف، ما اذا كان مصدر حقه واقعة مادية، أو تصرفا قانونيا.

فاذا كان مصدر حق الدائن عملا ماديا، كعمل غير مشروع، أو فعل نافع، أو أي واقعة يرتب عليها القانون نشوء الالتزام، كان على الدائن أن يثبت تاريخ نشوء حقه، بكافة طرق الاثبات، طبقا للقواعد العامة. وبعد معرفة تاريخ نشوء حق الدائن، فانه يقارن بينه وبين تاريخ صدور التصرف المشوب بالغش، لمعرفة أيهما أسبق في الوجود حتى تنجح أو تخفق الدعوى البولصية تبعا لذلك. أما اذا كان مصدر حق الدائن تصرفا

---

(1) استئناف مصر، 30 ديسمبر 1929، المحاماة 10 رقم 220، ص 442. أشار الى ذلك "السنهوري" في الوسيط ج 2، ص 1024 هامش (2). نقض فرنسي 2 أفريل 1878، نشر في داللوز الدوري 78 عدد 1 برقم 65، وفي سيريه 78 عدد 1 برقم 217. وردت الاشارة الى ذلك في جيربيه كاسيه، السابق الذكر، ص 15 ف. 126 ... وأشار في ذلك أيضا، "بلانيول وريبير وردوان": المرجع السابق، ص 288 ف 957.

(2) أنظر الفصل الثالث من الباب الأول، المتعلق بمصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري.

(3) من هذا الرأي "اسماعيل غانم": المرجع السابق، ص 182 ف. 76.- "السنهوري": نظرية العقد، ص 784 هامش (2).- وفي الوسيط ج 2، ص 1025 ف. 583.- "عبد المنعم البدراوي": المرجع السابق، ص 169.- "أنور سلطان": المرجع السابق، ص 40 ف 41. وأنظر عكس ذلك، الحكم السابق الذكر: ص 150 هامش (1) من هذا البحث. "بلانيول وريبير وردوان": المرجع السابق، ص 289 ف 957.- "ديمون": المرجع السابق، ص 440 ف 1056.

قانونيا، كعقد أو تصرف بارادة منفردة، فمما تذامر الصعوبة، و ذلك اذا كان التصرف قد أثبت في محرر عرفي[1]، اذ القاعدة أن المحرر العرفي لا يكون حجة على الغير في تاريخه، الا منذ أن يكون له تاريخ ثابت[2]، اذ يطرح التساؤل ما اذا كان يشترط أن يكتسب التصرف المنشيء لحق الدائن، قد أكتسب تاريخا ثابتا قبل صدور التصرف المطعون فيه.

أثارت هذه المسألة، خلافا في الفقه و القضاء الفرنسيين، و انقسم الرأي بصددها. فذهب رأي[3] الى القول بأنه لا يشترط استثناء من القاعدة العامة أن يكون لسند الدائن تاريخ ثابت، بل يكون التاريخ غير الثابت لحق الدائن، حجة على من حصل له التصرف من المدين. و قد جرت معظم أحكام القضاء في فرنسا على ذلك[4]، و استند هذا الرأي الى أن الدعوى البولصية تقوم على أساس وجود غش من المدين، و أن الغش يمكن اثباته بكافة طرق الاثبات، بينما يتجه جانب من الفقه الفرنسي[5] الى أن يكون حق الدائن ذا تاريخ ثابت قبل صدور التصرف المشوب بالغش، حتى يحتج بتاريخ المحرر العرفي على الغير. فالمتصرف اليه ـ وهو من الغير ـ لا يحتج عليه الا بالتاريخ الثابت.

و يبدو أن هذا الرأي الأخير، هو الراجح و المفضل في الفقه الفرنسي، و الا، فانه يكفي أن يتواطأ المدين مع دائنه، فيقدمان التاريخ العرفي لحق الدائن، و يكون هذا، طريقا غير مباشر للرجوع في التبرع[6].

و يذهب رأي آخر[7]، الى أن وجوب التمييز بين ما اذا كانت الدعوى البولصية موجهة ضد متصرف اليه حسن النية، أو ضد متصرف اليه سيء النية.

---

(1) لا تثار أي صعوبة اذا ثبت حق الدائن في محرر رسمي.

(2) و هذا ما تنص عليه المادة 328م جزائري: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه الا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، و يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:
- من يوم تسجيله،
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام،
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و امضاء".

(3) أنظر "أوبري و رو": المرجع السابق، ص 199 هامش و ملاحظة (15) ـ "ديموج": المرجع السابق، ص 438 ف 1056 ـ "جروبيه": رسالته السابقة الذكر، ص 105 ـ 106.

(4) أنظر مجمل الأحكام التي أشار اليها "ديموج"، السابق الذكر، ص 438 هامش (3).

(5) "بلانيول و ريبير و ردوان": المرجع السابق، ف 957 ـ "كولان و كابيتان": المرجع السابق، ف 1332 ـ "بيدان و بيجوبيه بواسطة لاقارد": المرجع السابق، ف 640 ـ "مازو": المرجع السابق، ف 990 ـ "مارتي و رينو": المرجع السابق، ص 724 ف 702. و من أحكام القضاء التي تؤيد ذلك، نذكر "باريس"، 16 مارس 1898، داللوز الدوري 93، 2، 280. وردت الاشارة الى ذلك في "جيريس كاسير، السابق الذكر، ص 16 ف 182".

(6) "بلانيول و ريبير و ردوان": المرجع السابق، ف 957.

(7) أنظر "لاروميير": المرجع السابق، ف 22 ـ "ديمولمب": المرجع السابق، ف 234 ـ "بودري و بارد": المرجع السابق، ف 691، وردت الاشارة الى هذا الأخير في جيريس كاسير، السابق الذكر، ص 16 ف 182.

فاذا كان المتصرف اليه حسن النية، فيجب أن يكون حق الدائن ذا تاريخ ثابت. أما اذا كان المتصرف اليه سيء النية، فان الدائن يجوز له، حتى لو لم يكن حقه ذا تاريخ ثابت، أن يثبت بجميع الطرق أن هذا الحق سابق على تصرف المدين ذي التاريخ العرفي، وعلى المتصرف اليه، أن يثبت في هذه الحالة، أن تاريخ حق الدائن قد قدم عمداً. ويكون اثبات عدم صحة التاريخ العرفي لسند الدائن بكافة طرق الاثبات. هذا بالنسبة الى القانون الفرنسي.

أما بالنسبة الى قوانيننا، فان نصوصها لم تحسم الخلاف بنص صريح، ولم تتضمن أي اشارة لاشتراط ثبوت تاريخ حق الدائن، لاقامة الدليل على تقدمه على تصرف المدين. وقد ورد في المذكرة الايضاحية للتقنين المدني المصري، تبرير لذلك بقولها: "وقد كان في الوسع أن يشترط ثبوت تاريخ الدين، لاقامة الدليل على تقدمه على التصرف، بيد أن المشرع آثر اغفال اشتراط ثبوت التاريخ اقتداء بالمشروع الفرنسي الايطالي، لا سيما أن القضاء المصري قد جرى على ذلك ... والواقع أن الدائن يفاجأ في أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون احتاط من قبل لاثبات تاريخ سند الدين، ولكن من المسلم أن عبء اقامة الدليل على تقدم الدين، بطرق الاثبات كافة، يقع على عاتق الدائن"(1).

ونلاحظ مع الفقه المصري(2)، أنه كان الأجدر بالمشرع، أن يواجه المسألة بنص صريح، على أن ثبوت التاريخ ليس بشرط، حسما للخلاف في هذه المسألة.

وعلى أساس ما جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدني المصري، يذهب جانب من الفقه المصري(3) الى اعتبار الدائن في الدعوى البولصية ليس من الغير في حكم المادة 395 م. مصري، المقابلة للمادة 328م. جزائري، وهذا الرأي يخالف اجماعا يكاد ينعقد عليه الفقه الفرنسي(5)، واجماعا مماثلا يكاد ينعقد عليه الفقه المصري(6).

---

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2، ص 632.

(2) "السنهوري": الوسيط ج 2، السابق الذكر، ص 1025 هامش (2) – "اسماعيل غانم": المرجع السابق، ص 138 هامش (1) – "أنور سلطان": المرجع السابق، ص 40.

(3) أنظر الفقهاء المشار اليهم بالهامش (2) المتقدم، ويضاف اليهم "سليمان مرقس" في مجلة القانون والاقتصاد، سنة 14، ص 79 – 393. وفي أصول الاثبات، الطبعة الثانية، ص 104 هامش (2). أشار الى ذلك "اسماعيل غانم": السابق الذكر، ص 138 هامش (1).

(4) تقابل المادة 395م. مصري، المادة 328م. جزائري، و 1328م. فرنسي.

(5) أنظر الفقهاء المشار اليهم في ص 182 هامش (5)، وهؤلاء اعتبروا الدائن كذلك من الغير، ويتعين عليه وفقا لرأيهم أن يثبت ذلك، وفقا للطرق المحددة بالمادة 1328 م. فرنسي.

(6) "عبد السلام ذهني" في الأدلة ج 1، ص 238 – 260 – "أحمد نشأت" في الاثبات ج 1، ف 231 – "عبد المنعم فرج الصدة" في الاثبات، ف 225.
أشار الى هذه المراجع "السنهوري" في الوسيط ج 2، ص 226 هامش (1).

و بناء على ذلك، فان تاريخ تصرف المدين، و لو كان غير ثابت، يكون حجة على الدائن، الى أن يثبت العكس، لأنه ليس من الغير، قبل أن يثبت توافر شروط الدعوى البولصية(1)، و ان كان يجوز لهذا الدائن الذي يكون حقه ذا تاريخ ثابت، أن يثبت، أن التاريخ غير الثابت للتصرف المطعون فيه، قدم عمدا بهدف حرمانه من ممارسة الدعوى البولصية .

أما بالنسبة الى المتصرف اليه، فهو يعتبر من الغير، وكان ينبغي ألا يكون المحرر الذي أنشأ حق الدائن غير ثابت التاريخ حجة عليه تطبيقا للمادة 328 مدني جزائري، و ما يقابلها في القوانين الأخرى، و لكن، نظرا لما جاء في المذكرة الايضاحية، فان الشراح يذهبون الى أن التاريخ غير الثابت لحق الدائن، يكون حجة على المتصرف اليه، الى أن يثبت العكس، أي يثبت أن التاريخ غير الثابت لحق الدائن، قدم عمدا بالتواطؤ ما بين الدائن و المدين، حتى يتمكن الدائن من الطعن في التصرف بالدعوى البولصية(2) .

و يتضح مما تقدم، فيما يتعلق بمسألة حجية التاريخ، أن التاريخ السابق، سواء كان ثابتا أو غير ثابت، يكون حجة سواء على من حصل له التصرف من المدين .. اذا كان هذا التاريخ هو تاريخ سند الدائن .. أو يكون حجة على الدائن، اذا كان هذا التاريخ السابق، هو تاريخ نشوء التصرف، و يتمثل الفرق بين الحالتين في طريقة نقض هذه الحجة. فاذا كان التاريخ السابق غير ثابت، جاز للخصم، سواء كان الدائن أو المتصرف اليه .. أن يثبت عدم صحته بكافة طرق الاثبات. أما اذا كان التاريخ السابق ثابتا، فلن يستطيع الخصم أن يدحض حجيته الا عن طريق الطعن بالتزوير (3) .

==== ====

---

(1) "السنهوري" : الوسيط، ج2، ص 1026 ، "أنور سلطان" : المرجع السابق، ص 40 ف 41 .

(2) أنظر في ذلك، "السنهوري" : الوسيط، ج 2 ، ص 1026 هامش (2)، و هو يبرر ذلك بقوله : "أن المتصرف اليه يكون عادة سيء النية في الدعوى البولصية، و متى أثبت الدائن سوء نيته، جاز له أن يحتج عليه بالتاريخ غير الثابت، لأن المتصرف اليه لا يستطيع أن يتمسك بوجوب أن يكون التاريخ ثابتا، الا اذا كان حسن النية".

و يلتقي "السنهوري"، هنا، مع جانب من الفقه الفرنسي الذي ذهب الى التمييز بين المتصرف اليه حسن النية، و المتصرف اليه سيء النية. أنظر في ذلك الفقهاء المشار اليهم في ص 152 هامش (7) من هذا البحث .

(3) "السنهوري" : الوسيط، ج2، ص 1027 هامش (2)، "اسماعيل غانم" : المرجع السابق، ص 183 هامش (1) .

المبحث الثالث

وجوب رفع الدعوى في الميعاد القانوني (التقادم).

اذا كانت القوانين منذ القدم الى يومنا هذا، قد منحت للدائن الحق في أن يطعن باسمه الخاص في تصرفات مدينه المشوبة بالغش، فان وجوب احترام الأوضاع المستقرة بين الأفراد في المجتمع، يحتم علينا أن نتساءل الى متى يظل الدائن يملك حق رفع الدعوى البولصية ؟ فلا بد من تحديد وقت اذا انقضى لا يستطيع الدائن بعده أن يمارس الدعوى البولصية، سواء حدد هذا الوقت ابتداء من صدور التصرف المشوب بالغش، أو من يوم علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . و هذا ما عالجته قوانيننا بنصوص صريحة . فلقد نص القانون المدني الجزائري على مدة تتقادم فيها الدعوى البولصية في المادة 197 بقولها : "تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، و تسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه "(1).

يتبين من هذا النص أن القانون المدني الجزائري، كغيره من القوانين المدنية العربية، جعل الدعوى البولصية تسقط بالتقادم بأقصر المدتين الآتيتين :

أولا : ثلاث سنوات تبدأ في السريان من الوقت الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه . و معنى ذلك، أن السريان لا يبدأ من يوم صدور التصرف المشوب بالغش، بل من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه، حسب نوع التصرفات، فيما اذا كانت بعوض، أو بدون عوض، بمعنى أنه لابد من علم الدائن بغش المدين، و اشتراك المتصرف اليه في الغش، و ذلك في المعاوضات. أما بالنسبة الى التبرعات، حيث لا يشترط الغش اطلاقا، فلا يكفي علم الدائن بحصول التبرع لبدء التقادم "الثلاثي"، بل لابد له من العلم بأن التبرع قد أدى الى اعسار مدينه أو زاد في اعساره، و ذلك وفقا للقواعد التي سبق ذكرها (2).

---

(1) تقابل المادة 197 ج، جزائري في القوانين المدنية العربية، المواد 243 م، مصري، 244 م، سوري 269 م، عراقي 246 م، ليبي . وكل هذه القوانين متفقة في أحكام التقادم مسايرة في ذلك ما استحدثه القانون المدني المصري الجديد من أحكام في هذه الدعوى . باستثناء قانون الموجبات و العقود اللبناني، فقد جعل المدة التي تتقادم بها الدعوى البولصية عشر سنوات، و هذا ما نص عليه في الفقرة الأخيرة من مادته 278 موجبات بقوله : "..... و تسقط الدعوى بمرور الزمن بعد 10 سنوات".

(2) أنظر ما تقدم فيما يتعلق بشرط الغش من حيث وجوبه في التصرفات بعوض دون التبرعات، ص، من 110 الى 120 من هذا البحث.

ثانيا : خمس عشرة سنة تبدأ في السريان من يوم صدور التصرف المشوب بالغش.
و قد يبدو لنا لأول وهلة أن الدعوى البولصية تتقادم بالمدة القصيرة، و هي ثلاث سنوات قبل تقادمها بالمدة الطويلة، و هي خمس عشرة سنة . و هذا صحيح في بعض الأحيان . و لكن قد يقع في الغالب أن يعلم الدائن بصدور التصرف ، و لكن لا يعلم بسبب عدم نفاذه ــ كالغش في جانب المدين ، و اشتراك المتصرف اليه في الغش ـ الا بعد مدة طويلة مـــن يوم صدور التصرف .

لنفترض أن الدائن لم يعلم بسبب عدم نفاذ التصرف الا بعد مرور أربع عشرة سنة، فلو تركنا للدائن مدة ثلاث سنوات لرفع الدعوى من يوم علمه بسبب عدم نفاذ التصرف، فتكون مدة التقادم على هذا الحساب تزيد على سبع عشرة سنة، و هي مدة تزيد عن خمس عشرة سنة التي هي أقصى مدة حددتها القوانين لرفع الدعوى البولصية في جميع الأحوال . لذلك قضت المادة 197 مدني جزائري السابقة الذكر، و ما يقابلها في التقنينات المدنية العربية[1] ، بأن " تسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه " .

و تطبيقا لنص هذه المادة، فان الحالة المتقدمة، و هي حالة ما اذا لم يعلـــم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف الا بعد مرور أربع عشرة سنة، تتقادم الدعوى بانقضــاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف . و من ثم، لا يبقى أمام الدائن سوى سنة واحـــدة لاقامة الدعوى البولصية، و الا سقط حقه .

و ينبغي على ما تقدم، أن نتساءل كيف يكون الحكم بالنسبة الى الدائن الــذي استكملت بالنسبة اليه مدة التقادم التي تسري من يوم علمه بسبب عدم نفاذ التصرف ، أي، مدة الثلاث سنوات ، و رفع دائن آخر الدعوى البولصية، و حصل على حكم بعدم نفــاذ التصرف . فهل يستفيد الدائن الذي استكملت مدة التقادم بالنسبة اليه ، أولا من هذا الحكم ؟

يرى "اسماعيل غانم "[2] أن هذا الدائن ، لا يستفيد من حكم عدم نفاذ التصرف، و يجوز للدائنين الآخرين أن يتمسكوا في مواجهته بالتقادم لاستبعاده من مشاركتهــم في التنفيذ على المال محل التصرف، و يجوز ذلك بالأولى للمتصرف اليه و دائنيه .

و نحن لا نوافق على هذا الرأي ، ذلك أنه اذا كان صحيحا ، أن يؤخذ علــم كل دائن بسبب عدم نفاذ التصرف على حدة، اذ تنشأ تواريخ مختلفة لعلم الدائنيــن ، و يسري بالنسبة الى كل واحد منهم تقادم مدته 3 سنوات. فان الدعوى البولصيـــة تتقادم بالنسبة اليهم جميعا بمدة أقصاها ، خمس عشرة سنة مـــن وقت صدور التصــرف .

---

(1) أنظر ما يقابل المادة 197 م . جزائري، ص. 155 هامش(1) من بحثنا هذا .
(2) "اسماعيل غانم" : أحكام الالتزام ج . 2، السابق الذكر ص. 190 هامش(1) .

وتطبيقا للأثر الجماعي للدعوى البولصية الذي أخذت به قوانيننا[1]، فإن حكم عدم نفاذ التصرف الذي يحصل عليه الدائن، يستفيد منه الدائن الذي استكملت مدة التقادم بالنسبة اليه من يوم علمه، وهي مدة ثلاث سنوات، ولا يحق للدائنين أن يتمسكوا في مواجهته بهذا التقادم لحرمانه من مشاركتهم في التنفيذ على أموال المدين، ولا يجوز ذلك من باب أولى للمتصرف اليه ودائنيه .

ونلاحظ أنه، اذا كان يفهم هذا التقادم في ظل القانون المدني المصري الذي وضع مدة تقادم خاصة ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة في جميع الدعاوى الناشئة عن دعاوى البطلان النسبي، ودعوى التعويض الناشئة عن الاثراء بلا سبب، ودعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع، ودعوى استرداد ما دفع بغير حق، والدعوى الناشئة عن الفضالة[2]، الخ .. ،كما فعل في الدعوى البولصية على الرغم من أن هذه الدعوى ليست بدعوى بطلان، ولا بدعوى تعويض كما رأينا[3]،فاننا نجد القانون المدني الجزائري جعل هذه الدعاوى كلها تتقادم بأقصر المدتين ،فجعلها عشر سنوات من يوم العلم، أو خمس عشرة سنة من يوم نشوء الحق[4]، في حين أخذ في الدعوى البولصية بمدة ثلاث سنوات من يوم العلم، وخمس عشرة سنة من يوم صدور التصرف المطعون فيه .

وهذا يدفعنا الى التساؤل ،كيف أن المشرع الجزائري ساير القانون المصري في المدة التي تتقادم بها الدعوى البولصية، ولم يسايره في تقادم الدعاوى الأخرى مع أن العلة واحدة، وهي ألا يبقى مصير التصرف مهددا .

فحبذا لو أن المشرع الجزائري أخذ بمدة عشر سنوات من يوم العلم بسبب عدم نفاذ التصرف في الدعوى البولصية لتحقيق الغاية التي أنشئت من أجلها هذه الدعوى، وهي محاربة غش المدين والمتعاملين معه، وحتى نتفادى تدابير كل وسيلة تؤدي بالمدين الى الاضرار بدائنيه حينما يعرف أن مصير التصرف المشوب بالغش سيظل مدة طويلة مهددا بعدم النفاذ .

واذا كانت قوانيننا قد حسمت مسألة تقادم الدعوى البولصية بنص صريح، فإن

---

(1) أنظر آثار الدعوى البولصية، وأخذ قوانيننا بالأثر الجماعي بخلاف ما أخذت به القوانين الغربية .

(2) أنظر "السنهوري" :الوسيط ، 3، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، ص 1042، وما يليها، والنصوص التي أشار اليها والمتعلقة بهذه الدعاوى .

(3) أنظر طبيعة الدعوى البولصية، ومجمل الآراء التي حاولت تأصيل الدعوى البولصية، ص من 31 الى 51 .

(4) أنظر المواد 142م. جزائري (المتعلقة بالدعوى الناشئة عن الاثراء بلا سبب)، 159م. جزائري (المتعلقة بالدعوى الناشئة عن الفضالة)، المادة 149م. جزائري (المتعلقة بدعوى استرداد ما دفع بغير حق)، 101م. جزائري (المتعلقة بانقضاء دعوى البطلان) والتي تنص على ما يلي : "يسقط الحق في ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه بانقضاء عشر سنوات" . أما المادة 133م. جزائري، فتنص على ما يلي : "تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل الضار" .

القانون المدني الفرنسي، لم يورد نصا خاصا بتقادم الدعوى البولصية، وازاء هذا الصمت، ظهرت ثلاثة آراء تتلخص في الآتي :

رأي يذهب الى أنه مادام القانون لم يحدد مدة خاصة تتقادم بها الدعوى البولصية، فمن الأفضل أن يترك الأمر في ذلك لسلطة القاضي لتحديد هذه المدة[1]. بينما يذهب الرأي الثاني الى أنه يجب تطبيق المادة 1304 مدني فرنسي فيما يتعلق بتقادم الدعوى البولصية، و من ثم فان هذه الدعوى يجب أن تمارس في ميعاد عشر سنوات[2]، تبدأ في السريان من يوم اكتشاف الدائنين الغش[3]. غير أن الرأي الراجح في الفقه[4] و القضاء[5] الفرنسيين، يتجه الى أن الدعوى البولصية تسقط كسائر الدعاوى بمضي ثلاثين سنة، و يبدأ سريان هذا التقادم من يوم صدور التصرف المشوب بالغش لا من يوم اكتشاف الغش .

و يستبعد الفقه و القضاء الفرنسيان[6] من مجال الدعوى البولصية التقادم المكسب الذي يتراوح ما بين عشر الى عشرين سنة، حتى لا يتمكن المتصرف اليه حسن النية أو الموهوب اليه بشيء منقول أن يتمسك بالمادة 2265 مدني فرنسي لكي يفلت من نجاح الدعوى البولصية في مواجهته ، و يستدعم في ذلك، أن الدعوى البولصية دعوى شخصية و ليست بدعوى عينية .

---

(1) "توليبه " "Toullier T.III N°356"، أشار اليه "ديمولمب" في مرجعه السابق الذكر، ص، 249 ف، 240 .

(2) و ما تجب ملاحظته أن المادة 1304 م. فرنسي، قد عدلت بقانون صدر في 3 جانفي 1968، و أصبحت المدة خمس سنوات بدلا من عشر .

(3) "ديرانتون " Duranton "، ج، 10، ف، 565 . أشار الى ذلك "ديمولمب" : المرجع السابق، ص، 250 ف. 241 ... و "السنهوري" : الوسيط، ج، 2، ص، 1047 هامش (3) .

(4) "أوبري و رو" : المرجع السابق، ص، 126، ملاحظة (44) ... "ديموج" : المرجع السابق، ف، 1109 ... "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق، ف، 966 ... "ديمولمب" : المرجع السابق، ف، 241 ... "بلانيول و ريبر و بولانجيه" : المرجع السابق، ف. 1444 ... "جروبيه" : رسالته السابقة الذكر، ص، 476 ف، 259 .

(5) من أحكام القضاء، أنظر مجموعة الأحكام التي أشار اليها "جروبيه" في رسالته السابقة الذكر، ص، 475 هامش (2) . نذكر منها ، باريس، 11 جويلية 1829، سيريه 1830 عدد 2 برقم 16 ... عرائض 24 مارس 1830، داللوز الدوري 1830 عدد 1 برقم 180 .

(6) "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق، ف. 966 ... "ديموج" : المرجع السابق، ف. 1109 ... نقض فرنسي 9 جانفي 1865، سيريه 1865 عدد 1 برقم 65 ... أشار الى ذلك "جروبيه" : المرجع السابق، ص، 477 .

هذا، و يلاحظ "السنهوري"، أن الدعوى البولصية، اذا كانت تسقط حقيقة بالتقادم المسقط، فان المتصرف اليه لا يتصور فيه أنه سيكسب الحق الذي تلقاه من المدين بالتقادم المكسب، و ذلك لأنه مالك له بموجب التصرف الصادر من المدين. و هذا التصرف كما سنرى، رغم عدم نفاذه في حق الدائنين، يبقى صحيحا فيما بين المتصرف اليه و المدين، فلا فائدة اذن، من أن يكسبه بالتقادم، و قد كسبه بالتصرف الذي أبرمه مع المدين[1].

و يترتب على ذلك، أن الدائن يمكنه أن يرفع الدعوى البولصية على المتصرف اليه، حتى لو بقي هذا واضعا يده على العين مدة التقادم المكسب، ما دامت الدعوى البولصية لم تسقط بالتقادم المسقط[2].

هذا، و يمكن أن تتم مدة التقادم المكسب قبل أن تتم مدة التقادم المسقط للدعوى البولصية مع فرض أن مدة التقادم المكسب خمس سنوات فقط، بينما تزيد مدة التقادم المسقط عن خمس سنوات تبعا لمبدأ سريانها[3].

===============

(1) "السنهوري": الوسيط ج2، السابق الذكر، ص 1049 ف. 596 هامش (1).
(2) استئناف مختلط 14 ديسمبر 1922م 35، ص 96. "عبد السلام ذهني" في الالتزامات، ف. 360.
أشار الى ذلك "السنهوري" في الوسيط ج2، السابق الذكر، ص 1049 هامش (1).
(3) أشار "السنهوري": نظرية العقد، السابق الذكر، ص 814 ف. 740 هامش (4).

الباب الثالث

آثار الدعوى البولصية، وتمييزها عن بعض الدعاوى

(كدعوى الصورية ـ والدعوى غير المباشرة)

الفصل الأول

آثار الدعوى البولصية

فيما يتعلق بهذا الفصل، تطرح المشكلة على النحو الآتي:

طعن أحد الدائنين في تصرف مدينه المشوب بالغش، وقدم الى المحكمة كل المستندات المطلوبة، ثم كسب الدعوى. فنتساءل هنا، عن الآثار التي تكون لهذا الحكم، وهو حكم عدم نفاذ التصرف في حق الدائن.

يدخل في اطار أهمية هذا التساؤل، كل من يختصمهم الدائن في الدعوى البولصية، وهم: المدين، والمتصرف اليه، واذا تصرف هذا الأخير الى الغير، وجب ادخال المتصرف اليه الثاني "sous-acquéreur"، وهكذا ...

هذا، وتطرح المسألة أيضا، بالنسبة الى دائني المدين غير الدائن الطاعن في التصرف المشوب بالغش، من حيث استفادتهم أو عدم استفادتهم من هذا الحكم.

ومن هنا، نرى أن دراسة آثار الدعوى البولصية، يجب أن نبحثها في العلاقات التالية:

ـ المبحث الأول: آثار الدعوى البولصية في العلاقة ما بين الدائن والمتصرف اليه، والدائنين الآخرين.

ـ المبحث الثاني: آثار الدعوى البولصية في العلاقة ما بين المدين والمتصرف اليه.

xxxxxxxxxxxx

المبحث الأول

آثار الدعوى البولصية في العلاقة ما بين الدائن و المتصرف اليه و الدائنين الآخرين .

المطلب الأول

آثار الدعوى البولصية في العلاقة ما بين الدائن و المتصرف اليه .

ان ما يطالبه الدائن بموجب الدعوى البولصية ، هو عدم نفاذ تصرف مدينه المشوب بالغش في مواجهته ، اذ قد سبق أن رأينا أن الدعوى البولصية ليست بدعوى بطلان ، و لا دعوى تعويض بل هي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن (1) .

ان موضوع آثار الدعوى البولصية في العلاقة ما بين الدائن الذي حصل على حكم بعدم نفاذ التصرف في حقه ، و بين المتصرف اليه الأول أو المتصرف اليه الثاني ، يحكمها مبدءان ، ما هما في الحقيقة سوى نتيجة منطقية لهدف هذه الدعوى . أولهما ، أنه يمكن رد أثر الدعوى البولصية بالنسبة الى الدائن ، الى أنه يقصد بهذه الدعوى ، منع الضرر الكلي الذي سببه له المدين ، و ذلك عن طريق تقرير عدم نفاذ تصرف المدين في حقه (2) .
و ثانيهما ، أن تصرف المدين المشوب بالغش ، لا يجب أن يكون مصدر فائدة للدائن بحيث يثري على حسابه ، بمعنى أن الجزاء المتمثل في عدم نفاذ التصرف ، يجب أن يقتصر على القدر اللازم للضرر و لا يتجاوزه .

المبدأ الأول : ان الدائن في الدعوى البولصية ، يشكو من ضرر أصابه من جراء تصرف مدينه المشوب بالغش ، فاذا طعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية ، و توافرت شروط ممارستها ، و لم يستوف الدائن حقه ، فانه يحصل أنذاك ، على حكم يجعل تصرف المدين غير نافذ في حقه . و يترتب على هذا المبدأ بعض الأحكام المسلم بها لهذه الدعوى .

أ) أنه لا جدوى من استمرار الدائن في الدعوى اذا استوفى حقه ، اذ أن الدعوى لا تقوم بغير الصفة ، و بغير المصلحة . و هذا الشرط يستخلص من القواعد العامة ، و هو

(1) أنظر طبيعة الدعوى البولصية ، و النقاش الذي ثار بصددها ، ص . من 25 الى 38 .
(2) هناك من يرى أن الدائن عن طريق تقرير عدم نفاذ التصرف في حقه يكون قد حصل على تعويض كلي عن الضرر . أنظر في ذلك ، "جروبيه" : رسالته السابقة الذكر ، ص 408 ف ، 224 . و من الفقه المصري "عبد المنعم البدراوي" المرجع السابق ، ص 373 .

الذى يبرر للدائن الحق في استعمال الدعوى ، اذ لا دعوى بدون مصلحة ،فالدائن لا يرفع الدعوى البولصية الا بصفته دائنا (1) .

و ينبني على ذلك ، أنه اذا توافرت فيه هذه الصفة وقت رفع الدعوى، و لكنه فقدها أثناء سير الدعوى، أو بعد صدور الحكم ،كأن يستوفي حقه مثلا، فانه لا يستطيع الاستمرار في الدعوى، أو في التنفيذ ، اذ من الأحكام المسلمة لهذه الدعوى، أن المتصرف اليه بالتصرف المطعون فيه ، يستطيع أن يتجنب الطعن بالدعوى، أو منع التنفيذ على الحق المستمد من تلقاه بالتصرف ، بالوفاء للدائن بحقه (2) ، اذ يصبح الدائن بالوفاء غير ذى مصلحة في الطعن (3) ،كما أتاحت قوانيننا مراعاة للمتصرف اليه بعوض سبيلا آخر لوقف أثر الطعن ، فمكنته من أن يتقدم للدائنين قيمة الحق الذى اكتسبه ـ على فرض أن قيمتها أقل من حقوقهم ـ فيصل بذلك الى تجنب الطعن ـ و قد نصت على هذا الحق، المادة 195مدني جزائرى، بقولها : "اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فانه يتخلص مما ينتج عن دعوى الدائن متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل و قام بايداعه الخزانة" (4) .

يتضح من ذلك ، أن المتصرف اليه اذا اشترى عينا ، مثلا، و لم يقم بدفع الثمن الى المدين ، فانه يستطيع أن يتفادى الحكم بعدم نفاذ التصرف ، اذا هو أودع ثمن المثل للشئ الذى اكتسبه ، خزانة المحكمة، و لا يشترط اعلان الايداع الى جميع الدائنين ، بل يكفي اعلانه الى الدائن رافع الدعوى (5) .

---

(1) انظر في هذه النقطة الشروط الواجب توافرها في حق الدائن حيث نجد أنه لا فرق بين ما اذا كان الدائن دائنا شخصيا أو دائنا مرتهنا أو دائنا ممتازا ، و لا بين ما اذا كان حقه نقدا أو عينا أو عملا أو امتناعا عن عمل، و لا بين ما اذا كان مصدر هذا الحق عملا قانونيا أو عملا ماديا أو نصا في القانون ـ ص، 145 هامش(5) .

(2) و يرى "بودرى و بارد" ج3 ، ف، 764مكررة أن "المتصرف اليه لا يستطيع الرجوع على المدين ـ اذ الفرض أنه معسر ـ بكل ما وفاه بل ينتظر يساره حتى يرجع بالباقي " .أشار الى ذلك ، "السنهورى" في الوسيط ج2، ص، 1053 هامش(1) .

أما "السنهورى" ، فيرى أنه "يستطيع أن يحتجز من الثمن الثابت في ذمته للمدين ما يوفي به الدين" .

(3) أنظر "أوبرى و رو" : المرجع السابق، ص، 96 ـ "بلانيول و ريبير و ردوان" : المرجع السابق، ف، 963 ـ "السنهورى" :الوسيط ج2، السابق الذكر، ص، 1057 ف، 600 ،

(4) تقابل المادة 195م ، جزائرى في القوانين المدنية العربية، المواد : 241م ، مصرى، 242م ،سورى، 267م ،عراقي ،244م ، ليبي .

و ما نلاحظه ، أن كل هذه المواد أدق في الصياغة من المادة 195م ، جزائرى، اذ تنص المادة 241م، مصرى، و ما يقابلها ،على ما يلي : "اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، و قام بايداعه خزانة المحكمة" .

(5) أنظر في ذلك ، "أنور سلطان" : المرجع السابق، ص، 56 ف، 95 ـ "اسماعيل غانم" : المرجع السابق، ص، 185 ف، 73 ـ "عبد المنعم البدراوى" : المرجع السابق، ص، 76 ـ "السنهورى" :الوسيط ج2، السابق الذكر، ص، 1058 ف، 600 .

ب) عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن : اذا توافرت شروط الدعوى البولصية، ولم يستوف الدائن حقه بعد رفعها، ولم يعمد المتصرف اليه بما أوجبه عليه القانون من ايداع ثمن المثل خزانة المحكمة، يحصل الدائن في هذه الحالة، على حكم بعدم نفاذ تصرف المدين في حقه. ويوضح الفقه هذا الأثر بقوله أن التصرف المطعون فيه يعتبر كأنه لم يوجد بالنسبة الى الدائن (1).

ويبنى على ذلك، أنه اذا كان التصرف المطعون فيه يتضمن اخراج حق من ذمة المدين، فان الحق الذي تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن، فينفذ هذا عليه، كما لو كان لم يرد عليه أي تصرف، أي أن التصرف الذي صدر من المدين ينعدم أثره، ويعتبر كأنه لم يكن (2)، على أساس الاحتفاظ للدائن بنفس مركزه كما لو كان التصرف لم يحصل، ويكون ذلك بأثر رجعي (3). فمثلا، اذا كان موضوع التصرف المشوب بالغش، هو التصرف في عقار، فالدائنون يستطيعون أن ينفذوا اجراءات الحجز العقاري (4) "Saisie immobilière" كما لو كان هذا العقار مازال في ذمة مدينهم. ومهما كان نوع التصرف فان نفس القاعدة تنطبق في هذا الخصوص كأن يكون تنازل المدين عن حق عيني على مال له كحق ارتفاق، أو انتفاع، أو رهن، فان أثر الطعن بالدعوى البولصية، أن ينفذ الدائن على هذا المال باعتباره خالصا من هذا الحق العيني الذي ترتب للغير. واذا كان تصرف المدين ابراء لذمة مدين له، فان الدين يظل باقيا في ذمة مدين المدين بالنسبة الى الدائن، ويستطيع هذا الأخير أن يوقع عليه حجز ما للمدين لدى الغير (5). ويتخذ في ذلك طبعا اجراءات تنفيذ متميزة عن اجراءات الدعوى البولصية لينفذها على الشيء الذي رجع الى ضمانه (6).

---

(1) كل دائن يستفيد من الحكم الذي يحصل عليه الدائن رافع الدعوى، بخلاف الحكم في القانون الفرنسي، والقانون المدني المصري السابق الذكر، الذي كان يجعل فائدة هذه الدعوى للدائن الذي يرفعها وحده.

(2) أنظر "السنهوري" : الوسيط، ج2، ص1059، ف601، "أنور سلطان" : المرجع السابق، ص55، ف53.

(3) لا يجب أن نفهم من ذلك أن جميع التصرفات التي انبنت على تصرف المدين تزول هي الأخرى بفضل الأثر الرجعي للحكم. ذلك أن قواعد الدعوى البولصية، كما رأينا تتطلب اثبات الغش في جانب من تلقى الحق معاوضة من المتصرف اليه الذي تصرف له المدين حتى يزول التصرف الثاني الذي انبنى على التصرف الأول. أنظر في هذا الشأن : حكم الغش بالنسبة الى المتصرف اليه الثاني، ص 1 الى من هذا البحث.

(4) أنظر في الحجز العقاري المواد من 379 الى 399 من قانون الاجراءات م. الجزائري.

(5) أنظر اجراءات حجز ما للمدين لدى الغير في الباب الخامس من الكتاب السادس من قانون الاجراءات المدنية الجزائري المواد من 355 الى 368.

(6) في ظل قوانيننا، فان هذه الاجراءات يقوم بها جميع دائني المدين الذين يماثل وضعهم وضع الدائن الطاعن (أي الذين تتوافر في حقهم شروط ممارسة الدعوى البولصية)، لأن الشيء يعود الى ضمانهم جميعا، وهذا ما سنفصله في حينه.

المبدأ الثاني: يجب أن يقتصر عدم نفاذ التصرف على القدر اللازم لتعويض الدائن. أما بالنسبة الى ما يزيد، فينفذ حتى في حقه [1]. فالدعوى البولصية التي تهدف الى منع الضرر عن الدائن بتقرير عدم نفاذ التصرف في حقه، يجب ألا تكون مصدر فائدة بالنسبة اليه، كأن ترتب له وضعا أفضل مما كان عليه، قبل أن يتم التصرف الضار.

يرى الفقه [2]، أن ثبوت استفادة الدائن على أي صورة، أي ولو كانت استفادة غير مباشرة، من المقابل الذي يثبت أن المتصرف اليه قدمه الى المدين، كما لو كان المدين وفى بهذا المقابل بعض الديون الأخرى، فان الدائن يكون قد استفاد من هذا الوفاء الحاصل من مدينه على أساس أن اعسار مدينه يقل و يزول بهذا الوفاء، تؤدي الى عدم جواز الطعن في عقده مع المدين، على الأقل في حدود القيمة التي استفاد بها الدائن، ومن ثم، يستطيع المشتري أن يتمسك بهذه الفائدة التي جناها الدائن، ولا يجعله ينفذ على العين المبيعة الا بقدر زيادة هذه العين على الفائدة التي عادت على الدائن.

و يبنى على ما تقدم، أن وفاء المتصرف اليه، بالمقابل، الى المدين، لا يحول دون طعن الدائنين أو تنفيذهم على المال المتصرف فيه تحت يد المتصرف اليه، اذا لم تعد على الدائن أية فائدة. كما اذا كان الثمن الذي قبضه المدين مالا غير ظاهر، أخفاه المدين أو بدده، فلا يستطيع الدائن التنفيذ عليه، وهذا هو الغالب عملا في الدعوى البولصية [3].

الى جانب التحفظ السابق في شأن ثبوت استفادة الدائنين من مقابل الحق المتصرف فيه على أية صورة من الصور لاباحة الطعن في تصرف المدين، يوجد تحفظ آخر، ينعكس أثره على نتائج عدم نفاذ التصرف في حق الدائن، مرده حسن نية المتصرف اليه، أو سوء نيته. فآثار الدعوى البولصية تختلف بحسب ما اذا كانت موجهة ضد متصرف اليه سيء النية، أو ضد متصرف اليه حسن النية، مع ملاحظة أن المتصرف اليه بعوض الذي تنجح الدعوى البولصية في مواجهته، هو متصرف اليه سيء النية حتما، وليس هناك اختلاف في الآثار الا اذا تعلق الأمر بموهوب له، أو مستفيد من

---

(1) أنظر "أوبري و رو": المرجع السابق، ف. 313، نص و هامش (6)... "بلانيول و ريبر و ردوان": المرجع السابق، ص. 293 ف. 962... "جروبيه": رسالته السابقة الذكر، ف. 289... "مازو": المرجع السابق، ف. 1006، نقض أول مدني، 1 جويلية 1975 جازيت دي باليه، 1975 عدد 2 ملخص 237، نشرة أحكام قضاء النقض المدني، عدد 1 ص. 182، أشار الى ذلك "مازو" في مرجعه السابق الذكر، ف. 1006 هامش (1).

(2) "بلانيول و ريبر و ردوان": المرجع السابق، ص. 298 ف. 962... "جروبيه": رسالته السابقة الذكر، ف. 280... "السنهوري": الوسيط ... 2، ص. 1059 هامش (1) ...

[illegible]

تصرف بدون عوض .

لقد أظهرت الاحصاءات أن الدعوى البولصية تنتهي بالحكم بعدم نفاذ تصرف المدين اذا كان تصرفه لمتصرف اليه بدون عوض[1]، وتنتهي الى الحكم فوق ذلك بالتعويض اذا كان تصرف المدين لمتصرف اليه (خلف) بعوض، ذلك لأن استرداد العين المتصرف فيها، يحل محله تعويض، كلما تعذر قانونا استرداد العين المتصرف فيها، كأن توجد العين في يد مكتسب لها بعوض وبحسن نية، أو كما لو انتقلت العين الى متصرف اليه ثان، وكان قد تلقاها بعوض وبحسن نية[2]، ولا شك في أن الدائن يصيبه في هذه الحالات ضرر من جراء تصرف مدينه المشوب بالغش، الأمر الذي يثير مسئولية المدين بالتعويض عن الفعل الضار غير المشروع، ويكون المتصرف اليه سيء النية متضامنا مع المدين لاشتراكه في الفعل غير المشروع. وهذا لا يعني أن الدعوى البولصية أصبحت هنا دعوى تعويض، وليس في هذه الفروض سوى تطبيق للقواعد المسئولية التقصيرية[3].

وعلى ضوء ما تقدم، يتضح أن قيمة الاسترداد تختلف بحسب ما اذا كانت الدعوى البولصية موجهة ضد متصرف اليه بعوض أو ضد متصرف اليه بدون عوض. ذلك أن المتصرف اليه بعوض يعتبر شريكا في الغش مع المدين، فيجب أن يعامل اذن معاملة الحائز بسوء نية[4]. أما المتصرف اليه بدون عوض، فان الدعوى البولصية تنجح في مواجهته حتى لو كان حسن النية. وهنا تظهر غرابة الدعوى البولصية، فعلى حين انها لا تهتم بحسن نية المتصرف اليه بدون عوض، فان حسن نية هذا المتصرف اليه، أو سوء نيته، يظهر أثره عملا في حالة رد ما وقع عليه التصرف.

---

(1) أنظر ما تقدم كيف أن الدعوى البولصية تنتهي الى الحكم بعدم نفاذ تصرف المدين تبرعا دون الاعتداد بحسن نية المدين أو سوئها، ومن تصرف اليه المدين، هذا في قوانيننا. أما بالنسبة الى القانون الفرنسي خاصة، والقوانين الغربية بصورة عامة، فانه يعتد بغش المدين حتى في التبرعات، ص 120 من بحثنا هذا.

(2) هذا ما أدى بجانب من الفقه الفرنسي الى القول بأن الدعوى البولصية تصبح في هذه الفروض مجرد دعوى تعويض، من هذا الرأي، "جورنيه": رسالته السابقة الذكر، ص 410 ف 286، "بلانيول وريبر وردوان": المرجع السابق، ص 894 ف 958.

(3) والواقع هو أنه حيث يتعذر الرد، لا نكون بصدد دعوى بولصية، بل نكون أمام دعوى مسئولية مدنية عادية، تخضع للقواعد العامة لدعاوى المسئولية.

(4) أنظر "سيناى": بحثها السابق الذكر، ص 190 ف 17.

فاذا كان المتصرف اليه حسن النية، فلا يسترد منه الدائن، الا مقدار ما اقتنى به من وراء هذا التبرع مثلا من يوم رفع الدعوى ضده [1]، و يكسب ثمرات الشيء، مادام قد قبضها و هو حسن النية، وفقا للقواعد العامة [2]، و لا يكون مسئولا عما أصاب الشيء موضوع التصرف من تلف، و هو في حيازته حتى لو كان بفعله . و اذا كان قد تصرف في هذا الشيء الى خلف آخر حسن النية، فانه لا يرد الا ما قبضه منه من ثمن [3]. أما اذا كان سيء النية، فانه يلتزم برد ثمار العين كلها، و يكون مسئولا عن هلاكها [4]، مع ملاحظة القيد الذي نصت عليه المادة 2/166 [5] مدني جزائري، و يجب على المتصرف اليه متى كان سيء النية، أن يرد قيمة العين التي تصرف فيها للغير، حتى لو كانت هذه القيمة تزيد عن الثمن الذي قبضه، بمعنى أنه اذا باع العين بثمن أقل من قيمتها، فانه يلتزم بالفرق [6]. و اذا هلكت العين في يده، كان مسئولا عن هلاكها، و يلتزم بالتعويض في مواجهة الدائن، حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبي، متى ثبت أن العين لم تكن تهلك لو بقيت في يد المدين [7] .

و هذه القواعد التي نحن بصددها، ليست تطبيقا لقواعد الدعوى البولصية، و انما هي تطبيق للقواعد العامة. و قد يقتصر الأمر على تطبيق قواعد الدعوى البولصية، و لا يحكم بالتعويض بالرغم من وجود ضرر، و يتحقق ذلك في الفرض الذي يكون فيه المدين و من تصرف اليه المدين بحقه حسني النية و ذلك في التبرعات، كأن يكون التصرف الذي صدر

---

(1) محكمة فرنسا (...) في 29 مارس 1879، أيدت من محكمة باريس في 24 ديسمبر 1880، نشر في دالوز الدوري سنة 1881 عدد 2 برقم 208، وردت الاشارة الى ذلك في جيريير كالسيير السابق الذكر، ص 23 ف 256.

(2) أنظر "ديمولمب": المرجع السابق، ف 258. "السنهوري": نظرية العقد، ص 802 هامش (4). و أنظر المادة 837 ق م جزائري، التي تنص على ما يلي : "يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية : ".

(3) "بلانيول و ريبر و ردوان": المرجع السابق، ص 294 ف 926. "سيهاي": بحثها السابق، ص 390 ف 7. "جروبيه": رسالته السابقة، ف 281 .

(4) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن "الدائن الذي يطالب بالثمار التي قبضها الخلف المدين، بعد أن ثبت سوء نيته، لا يستعمل حقه بدعوى غير مباشرة، بل بمقتضى دعوى مباشرة مستمدة من حق خاص ثابت لهذا الدائن الذي لحقه الضرر" (30 ديسمبر 1927 م 3 ص 64. وردت الاشارة الى ذلك في الوسيط ج 2 للسنهوري، ص 1066 هامش (1). و أنظر المادة 838 ق م جزائري، التي تنص على ما يلي : "يكون الحائز سيء النية مسئولا عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في انتاجها".

(5) تنص المادة 2/166 ق م جزائري على ما يلي : "غير أن هذه الأخطار لا تتعدى الى المدين رغم الاعذار، اذا أثبت المدين أن الشيء قد يضيع عند الدائن لو سلم له، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة".

(6) "سيهاي": بحثها السابق، ص 392 ف 7. "بلانيول و ريبر و ردوان": المرجع السابق، ف 926. "ديمولمب": المرجع السابق، ف 258.

(7) ... السابق الذكر، ...

من المدين صورة، و انتقلت العين الموهوبة بطريق الهبة أيضاً الى شخص آخر.

المطلب الثاني

آثار الدعوى البولصية بالنسبة الى الدائنين الآخرين،
غير الدائن الذي رفع الدعوى:

لنفترض أن الدائن الذي طعن في تصرف مدينه قد نجح في طعنه، و حصل على حكم بعدم نفاذ التصرف في حقه، و بدأ من الناحية العملية يمارس حقه في الحجز العقاري أو الحجز التنفيذي، أو الحجز على الثمار، أو حجز ما للمدين لدى الغير، حسب نوع التصرفات المطعون فيها. و لكن اتضح أن للمدين دائنين آخرين يماثل وضعهم وضع الدائن الذي رفع الدعوى، أو أن المدين، بعد ابرامه التصرف الضار، قد تعاقد مع أشخاص آخرين، مهما كان نوع التصرفات. فالسؤال الذي يطرح هنا، هو، هل الحكم بعدم نفاذ التصرف الذي حصل عليه الدائن، يستفيد منه جميع دائني المدين، أي هل أثر الدعوى البولصية نسبي أو مطلق ؟

تختلف التشريعات من حيث آثار الدعوى البولصية، ففي حين، أن أثر الدعوى البولصية في القوانين الغربية نسبي(1)، فان أثرها في القوانين المدنية العربية، أي عندنا، جماعي، و ذلك بنصوص صريحة(2).

اذن، فالقاعدة في القوانين الغربية بصورة عامة، و في القانون المدني الفرنسي بصورة خاصة، و كذا في القانون المدني اللبناني، و كانت كذلك في التقنين المدني المصري القديم(3)، أن الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية، هو الذي يستأثر وحده بفائدتها،

---

(1) باستثناء "البرازيل" و "البرتغال"، اذ تنص المادة 1040 من القانون البرتغالي على ما يلي: "أن الدعوى البولصية يكون من أثرها، رد ما وقع التصرف فيه الى ذمة المدين لمنفعة الدائنين".
و نصت المادة 118 من التقنين البرازيلي على "أن الفائدة التي تنتج من استعمال هذه الدعوى، تدخل في نطاق ما يقتسم بين الدائنين قسمة غرماء".
أشار الى هاتين المادتين "السنهوري" في الوسيط، ج 2، ص 1064 هامش (1).

(2) باستثناء قانون الموجبات و العقود اللبناني، فان أثر الدعوى البولصية فردي، و هذا ما نصت عليه المادة 278/3 ق. موجبات لبناني: "لا يستفيد من نتائج هذه الدعوى الا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها، و ذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم، أما فيما زاد عنها، فيبقى العقد قائماً و يستمر على انتاج جميع مفاعيله".

(3) أنظر الدعوى البولصية في القانون المصري القديم و الجديد، ص 20 الى 22 من هذا البحث، و نظرية العقد للسنهوري، ص 680 ف 746.

غير أن الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى البولصية، يستطيعون أن يرفعـــوا دعواهم حتى حصول التوزيع نهائيا[1]؛ أو ينضموا الى الدائن رافع الدعوى، و يشاركوه في نتائجهما .

بالنسبة الى القانون الفرنسي في مادته الوحيدة 1167 مدني فرنسي، فانه لم يشر الى آثار الدعوى البولصية، و انما ينعقد شبه اجماع في الفقه الفرنسي الحديث[2]، وكذا القضاء[3] بعد تردد طويل، على الأثر النسبي للدعوى البولصية .

و أبرز الحجج التي يستند اليها الفقهاء في فرنسا لنسبية الأحكام، بمعنى أن الدائنين الذين لم يتدخلوا في الدعوى لا يستفيدون من الحكم، و أن الدعوى البولصية يرفعها الدائن باسمه ، و من ثم، يستفيد وحده منها دون سائر الدائنين[4] .

و يقول "بودري و بارد"[5]، أن الدائن ، في الدعوى البولصية، لا يمثل الا نفسه ، بدليل أنه لو استوفى حقه ، سقطت الدعوى .

غير أن " السنهوري"[6]، تمكن من دحض كافة الحجج التي ساقها أنصار الأثـــر النسبي للدعوى البولصية .

- الحجة الأولى نسبية الحكم .

رد عليها بأن نسبية الحكم، لا تمنع الدائنين الذين لم يدخلوا في الدعـــوى غير المباشرة من الاستفادة بالحكم الذي يصدر فيها .

- الحجة الثانية : أن الدعوى البولصية يرفعها الدائن باسمه ، و من ثم يستفيد منها وحده .

رد عليها بأن الدائن في دعوى الصورية، يرفع الدعوى باسمه ، و مع ذلك، يستفيد من الحكم سائر الدائنين ، و لو لم يدخلوا في الدعوى[7] .

---

(1) "بوردو"، 15 جوان 1951، نشر في داللوز 1951 برقم 493، و في سيريه 1952 عدد 2 برقم 79 . أشار الى ذلك "ويل و تيرى": المرجع السابق، ص. 943 هامش (2) .

(2) "أوبرى و رو": المرجع السابق، ص. 213 - "ديمولمب": المرجع السابق، ف. 268 و 263 - "بيدان و ليرييور بيجوليبه": المرجع السابق، ف. 657 - "ديموج": المرجع السابق، ف. 1107 - "بلانيول و ريبر و ردوان": المرجع السابق، ف. 1433 - "مارتي و رينو": المرجع السابق، ص. 759 ف. 716 - "جروبيه": رسالته السابقة الذكر، ص. 452 ف. 247 .

(3) عرائض 28 أوت 1877، نشر في سيريه 1877 عدد 1 برقم 316 - نقض مدني 7 ماى 1894، نشر في داللوز الدورى 1894 عدد 1 برقم 505، و في سيريه 1898 عدد 1 برقم 510 - نقض فرنسي 4 ديسمبر 1928، نشر في داللوز 1928 عدد 1 برقم 222، و في سيريه 1928 عدد 1 برقم 254، تعليق "كولان أومبرزوز" . أشار الى ذلك "ديموج" : المرجع السابق، ص. 490 هامش (5) .

(4) "بلانيول و ريبر و ردوان": المرجع السابق، ف. 965 - "جروبيه": رسالته السابقة، ص. 257 ف. 249 .

(5) "بودري و بارد": م. ن، ص. 740 ف. 716 . ذكره "السنهوري" في كتابه الوسيط، ج. 2، ص. 1062 هامش (5)
[illegible] 1064 ... 1062 [illegible]

- الحجة الثالثة: أن الدائن في الدعوى البولصية، لا يمثل الا نفسه ، بدليل أنه لو استوفى حقه ، سقطت الدعوى .

رد على ذلك ، بأن الدائن في الدعوى غير المباشرة، لا يستطيع هو الآخر، الاستمرار في الدعوى اذا استوفى حقه .

وعلى ضوء هذه الردود ، يتضح أن مؤيدي الأثر النسبي للدعوى البولصية ، يفتقرون الى الحجة الدامغة . وفضلا عن ذلك ، فان القول بالأثر النسبي للحكم في مجال الدعوى البولصية ، فيه تناقض صارخ تترتب عليه نتائج شاذة .

فاذا كانت الدعوى البولصية ليست كافية لتأدية الغرض المقصود منها ، اذ هي مجاورة بشروط ليس من السهل دائما تحققها ، ألا يتوقف نجاحها ، على الأقل في حالة الطعن في المعاوضات ، على اثبات غش كل من المدين ومن تصرف اليه المدين ؟

اذا كان الأمر كذلك ، أفليس من الغريب أنه حتى في الحالات القليلة التي تنجح فيها هذه الدعوى ، فان نتائجها أبعد من أن تحقق المساواة بين الدائنين ، اذا كان المقصود منها فقط سلب القوة التعاقدية للمتصرف المطعون فيه بالنسبة الى الدائن الذي رفع الدعوى ونجح فيها ، فلا يتمسك به في مواجهته ، بينما يبقى ساريا في مواجهة الدائنين الآخرين .

أفلا يترتب على الحكم في الدعوى البولصية . اذا كان الأمر كذلك ، نتيجة غير منطقية تستدعي الغرابة لما تحمله من تناقض صارخ ، لا يتفق مع المنطق السليم ، اذ كيف يمكن أن يعتبر تصرف اعترف القضاء بأنه مشوب بالغش واعتبره كأنه لم يكن بالنسبة الى الدائن الذي رفع الدعوى ، ومع ذلك ، يعتبر قائما ينتج كل آثاره بالنسبة الى الدائنين الآخرين الذين لم يكونوا طرفا في الدعوى ؟

والظاهر هو، أن قضاء المحاكم في فرنسا ، حاول أن يخلص الدعوى من هذه النتيجة الغريبة ، وأن يعمم فائدة الدعوى البولصية على جميع الدائنين (1)، الا أن محكمة النقض الفرنسية . وقد عز عليها أن تهدر الأصول القانونية التي تقضي بنسبية الأحكام لم تدعم هذا القضاء (2) .

---

(1) الظاهر هو، أن القضاء الفرنسي كان يبدي تأييده في عام 1836 للأثر المطلق للحكم في الدعوى البولصية : "بوردو" 28 ماي 1882 ، نشر في سيريه 1882 عدد 1 برقم 626 . غير أنه قضي على الأثر المطلق للدعوى البولصية نهائيا منذ سنة 1371 . أشار الى ذلك "جروبيه" في رسالته السابقة الذكر، ص 450 ف. 246 .

(2) أنظر الأحكام المشار اليها في ص 66 هامش (3) من هذا البحث .

ولقد ذهب رأي في الفقه الفرنسي القديم الى أن كل الدائنين يستفيدون من الدعوى البولصية، حتى من كان حقه لا حقا للتصرف المطعون فيه، وحتى من لم يشترك منهم فيها[1].

ويرى "لاروميير"[2] أن الدائنين يستفيدون من الدعوى البولصية حتى لو لم يشتركوا فيها، على شرط أن يكون حقهم سابقا على التصرف المطعون فيه، دون الدائنين اللاحقين للتصرف.

ويجد هذا الرأي تأييدا له في قوانيننا، اذ نصت المادة 194[3] مدني جزائري على أنه "متى تقرر عدم معارضة التصرف للدائن استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اجحافا بحقهم".

ونأخذ على هذه المادة، استعمال المشرع عبارة "عدم معارضة"، والأصح، كما يستقيم المعنى، هو استعمال لفظ "عدم نفاذ التصرف"، خاصة، وأن نص المادة بالفرنسية واضح، ويشير الى عدم النفاذ[4].

وواضح من نص هذه المادة، والمواد المقابلة لها في القوانين المدنية العربية، أن قوانيننا قد تفادت نتيجة شاذة وغريبة تجعل من الدعوى البولصية دعوى سلبية، وهذه النتيجة هي نسبية حكم عدم نفاذ التصرف الذي أخذت بها القوانين الغربية بصورة عامة، والقانون المدني الفرنسي بصورة خاصة، وكذا القانون المدني اللبناني[5].

وهكذا، فبالنسبة الى قوانيننا، فان أثر الدعوى البولصية، أصبح مطلقا، أي جماعيا، وبهذا تكون الدعوى البولصية قد حققت المساواة بين الدائنين، وفقا لقوانيننا، بينما تظل هذه المساواة مختلة فعلا وقانونا في القوانين الغربية بصورة عامة، والقانون الفرنسي بصورة خاصة، اذ لا يستفيد من هذه الدعوى الا الدائن الذي مارسها، فيتقدم بذلك على سائر الدائنين.

(1) "Colmet De Santerre et Demante, loc, cit, 82 bis XIV, Laurent 16 n° 488 / 489 ..

وردت الاشارة الى ذلك في رسالة "جوبيه"، السابقة الذكر، ص 446 هامش (1).

(2) "لاروميير": المرجع السابق، مادة 1167، ص 269 ف 62.

(3) تقابل المادة 194م جزائري في التقنيات المدنية العربية، المواد 240م مصري، 241م سوري، 266م عراقي، 243م ليبي أو هذه النصوص كلها مطابقة لبعضها، وأدق في صياغتها من نص المادة 194م جزائري، اذ تنص المادة 240م مصري على ما يلي: "متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم".

(4) تنص المادة 194م جزائري (بالفرنسية) على ما يلي: "Une fois l'acte déclaré inopposable au créancier, le bénéfice qui en résulte profite à tous les créanciers au préjudice desquels l'acte a été passé".

(5) فيما يتعلق بقانون الموجبات اللبناني، أنظر ص 167 هامش (2) من بحثنا هذا.

و نقصد بالأثر الجماعي للدعوى البولصية، أنه اذا ما رفع هذه الدعوى دائن مستوف لشروطها، و نجح في دعواه ، و حصل على حكم يقضي بعدم نفاذ التصرف في حقه ، فــان الحكم يسري على جميع الدائنين الذين استوفوا شروط الدعوى البولصية، و من أهمــها أن يكون حقهم ناشئا قبل صدور التصرف المطعون فيه [1]. و يعود الحق الذي تصرف فيــه المدين الى الضمان العام لجميع الدائنين الذين يتحقق فيهم شرط اضرار التصــرف بحقوقهم [2]. و يكون لهم الحق جميعا في التنفيذ على المال بديونهم ، و يشتركون فيــه مشاركة الغرماء . بل قد يتقدم الدائن الذي لم يشترك في الدعوى البولصية، اذا كان لــه حق عيني يخوله هذا التقدم على الدائن رافع الدعوى ، على عكس ما لو أخذنا بالأثــر النسبي للدعوى، فان الدائن الذي ينشط في رفع الدعوى يتقدم على الدائنين الآخريــن ، و يستأثر وحده بفائدتها .

و قاعدة الأثر الجماعي للدعوى البولصية من القواعد التي يعود الفضل في استحداثها الى القانون المصري الجديد [3]، اذ الظاهر أن قاعدة الأثر النسبي للدعوى البولصية التي كان يأخذ بها القانون المدني المصري القديم قد استفاضت الشكوى منها في ظل القانــون المصري القديم .

و الظاهر أن قاعدة الأثر المطلق للدعوى البولصية، قد أثارت مناقشات في مجلــس الشيوخ المصري أبرزها ، أن في استئثار الدائن بفائدة الدعوى البولصية تشجيعا له علــى مباشرتها ، و الا فان الدائن يتكاسل في رفع الدعوى كلما علم بأن الدائنين الذين لــم يشتركوا معه في رفعها يشتركون مع ذلك في فائدتها .

و في رأينا، أن هذه الحجة لها جانب كبير من الصحة، خاصة و أن الدائن الذي له حق عيني على مال مدينه ، يتقدم عليه في استيفاء حقه حتى لو لم يشترك في الدعوى، غير أن الدائن الذي رفع الدعوى سوف يرجع على جميع الدائنين بمصروفات الدعوى كــل بقدر ما استفاد ، و ذلك بدعوى الاثراء بلا سبب [4] .

---

(1) أنظر الشروط الواجب توافرها في حق الدائن : أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه ، ص 147 الى 151 ، من بحثنا هذا .

(2) لأن شرط أسبقية حق الدائن لها صلة وثيقة بالضرر خاصة بالنسبة الى قوانيننا التــي لا تشترط الغش في التبرعات .

(3) أنظر أهم التعديلات التي جاء بها القانون المدني المصري الجديد ، ص 25 ــ 26 من بحثنا هذا .

(4) "محسن شفيق" : الافلاس ، ص 91 ف 66 . أشار الى ذلك "السنهوري" في الوسيط ج 2 ، السابق الذكر، ص 1065 هامش (1) .

و يرى "السنهوري" ، أن الدائن اذا حصل على حكم ضده ، فانه لا يسري في مواجهة الدائنين الآخرين الذين استوفوا شروط الدعوى . و يستطيع أحد هؤلاء الدائنيــن أن يرفع الدعوى البولصية باسمه هو، و اذا نجح فيها استفاد من ذلك جميع الدائنين الذي استوفوا شروط الدعوى بما في ذلك الدائن الذي رفع الدعوى و لم ينجح اذا

ومن الحجج التي استند اليها مجلس الشيوخ أيضا ، أن نسبية الأحكام تحول دون التسليم باشتراك الدائنين الذين لم يتدخلوا في الدعوى في فائدتها ، كما أنه لا يمكن القول بأن الدائن الذى رفع هذه الدعوى يعوب عن سائر الدائنين في رفعها ، ثم ان الدعوى البولصية انما هي دعوى بعدم نفاذ التصرف لا بابطاله ، واذا كان البطلان لا يتجزأ ، فان عدم النفاذ قابل للتجزئة ، فيكون التصرف غير نافذ في حق أحد الدائنين دون الباقي .

وفي رأينا أن هذه الحجة الأخيرة غير منطقية ، وليس لها أساس قانوني ، ذلك أن الأساس الحقيقي للدعوى البولصية ، هو أن هذه الدعوى أراد بها القانون حماية الدائنين من غش مدينهم المعسر ، لأن الغش خيانة لهم . وبالتالي ، فكيف يمكن أن نؤيد التصرف المشوب بالغش في جانب الدائنين ، ونقضي بعدم نفاذه في جانب الدائن الذى رفع الدعوى ؟ وفي الأخذ بذلك ، تناقض صارخ قد سبق لنا توضيحه (1) . كما أن الأخذ بالأثر الجماعي للدعوى البولصية ، لا يعني أننا جعلنا عدم نفاذ التصرف غير قابل للتجزئة ، بل يبقى دائما قابلا للتجزئة ، والدليل على ذلك ، بقاء التصرف صحيحا ومنتجا لكافة آثاره في العلاقة ما بين المتصرف اليه والمدين .

أما بالنسبة الى الحجة المتعلقة بنسبية الأحكام ، فانه لا ينبغي أن تكون هذه القاعدة عائقا يحول دون ضرورة تحقيق المساواة في الانتفاع بالضمان العام الذى تهدف الدعوى البولصية الى المحافظة عليه ، خاصة وأن زمام هذه القاعدة ، "قاعدة نسبية الأحكام" بيد المشرع ، يخرج عليها كلما اقتضت الضرورة ذلك (2) .

وعلى ضوء ما انتهت اليه قوانيننا من جعل الدعوى البولصية تعم فائدتها جميع الدائنين ، نفرق بين ما اذا كان موضوع التصرف الذى تقرر عدم نفاذه يتضمن انقاص حق من حقوق المدين ، أو يتضمن انشاء التزام جديد في ذمة المدين .

فاذا كان التصرف الذى تقرر عدم نفاذه يتضمن انقاص حق من حقوق المدين كهبة المدين لعين مملوكة له ، أو ابرائه مدينا من حق له في ذمته ، اعتبر المال الذى تصرف فيه المدين ، كأنه لم يخرج من الضمان العام لجميع الدائنين السابقة حقوقهم على التصرف ويكون لهم جميعا التنفيذ عليه بديونهم ، وفقا لاجراءات متميزة عن اجراءات الدعوى البولصية (3) ، ولا يجوز لدائني المتصرف اليه أن يشاركوا دائني المتصرف (المدين) في هذا التنفيذ ، ذلك أن دائني المتصرف اليه ، ليس لهم من الحقوق أكثر مما لمدينهم (المتصرف اليه) ، ومن ثم ، فان التصرف الذى يتقرر عدم نفاذه في مواجهة الدائنين ،

---

(1) أنظر ص 169 من هذا البحث .
(2) أنظر في تفصيل هذه المناقشات ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج 2 ، ص 662-664 .
(3) أنظر كل ما سبق أن قلناه في عدم نفاذ التصرف في حق الدائن ، ص 163 من هذا البحث ، فانه ينطبق على جميع الدائنين ، وفقا لما أخذت به قوانيننا من جعل الدعوى ...

ينفذ في مواجهتهم، كما ينفذ في مواجهة مدينهم . و بناء على ذلك، فان المال لا يعتبر مملوكا لمدينهم، و لا يحق لهم التنفيذ عليه، الا بعد أن يستوفي دائنو المدين حقوقهم .

غير أن دائني المدين، سوف يتعرضون لقسمة الغرماء بالاشتراك مع دائني المتصرف اليه في حالة ما اذا كان محل التصرف مبلغا من النقود، سلم الى المتصرف اليه، أو دينا أو بروء منه . لأن دائني المتصرف اليه لا يطالبون بشيء معين بالذات، و انما هم ينفذون بالمبلغ المستحق على جميع أموال المتصرف اليه، و هي الضمان العام لدائنيه[1] .

أما اذا كان التصرف المطعون فيه يتضمن انشاء التزام جديد في ذمة المدين ــ كقرض مثلا ــ ، فان المقرض لا يعتبر دائنا بالنسبة الى الدائنين السابقة حقوقهم على التصرف المطعون فيه، فلا يزاحمهم في التنفيذ على أموال المدين، و لكن له أن يزاحم الدائنين اللاحقين له[2] .

و يلاحظ أنه اذا أخذنا بعين الاعتبار الاستثناء السابق الذكر، و المتعلق بامتداد أثر عدم نفاذ التصرف في حق الدائن اللاحق، اذا أثبت هذا الأخير، أن المدين لم يعقد التصرف المشوب بالغش الا على وجه التخصيص للاضرار بحقه، أو بحق جميع الدائنين اللاحقين[3]، فان المقرض في هذه الحالة، يتزاحم في التنفيذ على أموال المدين، مع الدائنين السابقين، و الدائنين اللاحقين . و من ثم، فلا مجال لما يتخوف منه "اسماعيل غانم"[4]، من أن هذا التجديد[5] في أحكام الدعوى البولصية، تنجم عنه صعوبة في التطبيق لم يفطن لها المشرع، و يشبه الفقه العربي[6] ما ينشأ من صعوبات عن ذلك بما تثيره فكرة الحوالة بين حجزين[7] .

---

(1) "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق، ف. 961 ــ "ريبر و بولانجيه" : المرجع السابق، ف. 1450 ــ "السنهوري" : الوسيط ، 2، ص. 1062 هامش (1) .

(2) أنظر "السنهوري" : الوسيط ، 2، ص. 1069 هامش (3) ــ "اسماعيل غانم" : المرجع السابق، ص. 186 هامش (3) ــ "أنور سلطان" : المرجع السابق، ص. 57 ف. 62 .

(3) أنظر الشروط المتعلقة بحق الدائن : شرط أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه ــ و الاستثناء الذي أخذ به القضاء الحديث، و أجمع عليه الفقه الفرنسي و العربي فيما يتعلق بعدم نفاذ التصرف في حق الدائن اللاحق اذا أثبت غش المدين على وجه التخصيص للاضرار به : ص. من 148 الى 150 من هذا البحث .

(4) "اسماعيل غانم" : المرجع السابق، ص. 186 هامش (3) .

(5) أنظر أهم التعديلات التي جاء بها القانون المدني المصري الجديد، و أخذت بها قوانيننا .

(6) أنظر الفقهاء العرب المشار اليهم بالهامش (2) من هذه الصفحة، فيما يتعلق بجعل مفهوم التصرف المفتقر يشمل أيضا التصرفات التي تزيد في التزامات المدين : ص. من بحثنا هذا .

(7) أنظر فيما يتعلق بالحوالة بين حجزين، "السنهوري"، الوسيط ، 3، الأوصاف الحوالة الانقضاء، ص. 547 ف. 305 ــ و كذا المادة 25 / 2 م. جزائري، التي تنص على ما

و يذهب "السنهوري"(1) الى التفرقة بين حالتين :

أ) حالة الدائن اللاحق الذي يكون مصدر حقه تصرفا قانونيا متأخرا على عقد القرض، فهذا التصرف الذي عقد بعد اعسار المدين، يكون هو الآخر غير نافذ في حق الدائن السابق. و يوضح "السنهوري" ذلك بالمثال الآتي : "فلو أن شخصا لا يملك الا عينا قيمتها ألفا، و له دائن بهذا المبلغ، ثم اقترض بعد ذلك مائة من دائن ثان، ثم مائة من دائن ثالث. فان القرض الأول الذي كان سببا في اعساره لا ينفذ في حق الدائن السابق على القرض، وكذلك القرض الثاني لا ينفذ لنفس السبب . فاذا فرضنا أن قيمة العين زادت وقت التنفيذ الى ألف و مائة، فان الدائن الأول يتقدم على الدائنين الثاني و الثالث، فيستوفي ألفا كاملة، و يتزاحم الدائنان الثاني و الثالث في المائة الباقية كل منهما بنصيبه خمسون" .

و نحن لا نوافق "السنهوري" في هذا، و نذهب الى أن التصرف اللاحق يكون غير نافذ في حق الدائن السابق، اذا توافر في الدائن اللاحق شرط الغش أي "علمه بأن مدينه معسر وقت ابرامه التصرف"(2). أما اذا كان هذا الدائن اللاحق حسن النية، فوضعه يماثل وضع الدائن السابق على التصرف المتمثل في عقد القرض، بل سيفضل عليه و يكون أولى بالرعاية و لا يلوم الدائن السابق الا نفسه اذا لم يحتط للأمر فيحصل على ضمان خاص(3). هذا و أن عقد القرض لا ينفذ هو الآخر في مواجهته اذا أثبت أن مدينه لم يلجأ الى عقد القرض الا بهدف الاضرار بحقوق دائنيه اللاحقين تطبيقا للاستثناء الوارد على شرط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه(4).

هذا، و قد سبق أن انتهينا الى أن التصرفات التي يزيد بها المدين في التزاماته غريبة جدا، اذ لا نتصور اقدام شخص في كامل قواه العقلية على مساعدة المدين على غش دائنيه باقراضه قرضا حقيقيا مع علمه باعساره . و لذا، فان القرض في هذه الحالة يكون غالبا صوري، و يطعن فيه بدعوى الصورية(5) .

= الغير، فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم، و المحال له و الحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر المبلغ الضروري لتكملة قيمة الحوالة للمحال له" .

(1) "السنهوري": الوسيط ج2، ص 1069 هامش(1)، و ص 1070 .

(2) أنظر ص 59 من بحثنا هذا .

(3) أنظر ما تقدم في التفاضل بين حق الدائن، و حق المتصرف اليه بعوض، كالمشتري أو المقرض مثلا، ص 121 من بحثنا هذا .

(4) هذا، مع الأخذ بعين الاعتبار حسن نية أو سوء نية المقرض الأول .

(5) أنظر ص 59 هامش( ) من بحثنا هذا .

ـ ٢) حالة الدائن اللاحق الذي يكون مصدر حقه عمل مادي ، كعمل غير مشروع ، فان المقرض يحتل مركزا وسطا ما بين الدائن السابق لعقد القرض ، و الدائن اللاحق لذلك (المضرور)، فهو يتأخر عن السابق ، و يزاحم اللاحق (المضرور) ـ لأن العمل المادي لا يتصور فيه الغش ـ و في نفس الوقت يتزاحم الدائنان السابق مع اللاحق (المضرور) في الضمان ، و هنا ينشأ ما يشبه وضع الحوالة بين حجزين .

و على ضوء هاتين الحالتين ، يبدو لنا أن وضع ما يشبه الحوالة بين حجزين ، يثار فقط في هذه الحالة الأخيرة ، أي الحالة التي يكون فيها مصدر حق الدائن اللاحق عملا ماديا . أما اذا كان مصدر حق الدائن اللاحق تصرفا قانونيا ، فنفرق هنا ، بين ما اذا كان هذا الدائن حسن النية أو سيئها .

فاذا كان هذا الدائن اللاحق حسن النية ، فانه يزاحم الدائن السابق في الضمان العام للمدين ، دون أن يتعرض لمزاحمة المتصرف اليه (المقرض الأول مثلا) في الرجوع على المدين . أما اذا كان الدائن اللاحق لعقد القرض سيء النية ، فانه يتزاحم الدائنان الثاني (المقرض الأول مثلا) و الثالث (المقرض الثاني أو المشتري مثلا) ، و يتقدم الدائن الأول عليهما .

و نرى أن الحكم السابق حكم لا بد منه ، و الا ضاعت كل فائدة من اباحة الطعن بالدعوى البولصية ، و الا فكيف نفسر اباحة رفع الدعوى البولصية لاسترجاع عين تصرف فيها المدين ، اذا كان هذا الاسترجاع يترتب عليه دخول دائن جديد بحق يساوي قيمتها ، وكذلك ما الفائدة من الحكم بعدم نفاذ عقد قرض جديد عقده المدين ، اذا أمكن الدائن أن يتدخل في قسمة الأموال ، ليسترد مبلغ القرض ؟

======

المبحث الثاني

آثار الدعوى البولصية في العلاقة ما بين المدين و المتصرف اليه .

ان موضوع آثار الدعوى البولصية في العلاقة ما بين المدين و المتصرف اليه ، يحكمها مبدأ أن التصرف المشوب بالغش ، و الذي تقرر عدم نفاذه في حق الدائنين الذين صدر اضرارا بحقوقهم ، يحتفظ في العلاقة ما بين طرفيه ـ المدين و المتصرف اليه ـ بكل قيمته القانونية ، و ينتج كافة آثاره . و هذه أهم نتيجة قانونية تترتب على هذه القاعدة .

و يجد هذا المبدأ أساسا له في الهدف الذي تقررت من أجله الدعوى البولصية وهو حماية الدائنين من غش مدينهم .

و تطبيقا لذلك ، اذا كان التصرف بيعا مثلا، فيلتزم المدين بكافة التزامات البائع، كما يلتزم المتصرف اليه بكافة التزامات المشترى، و من ثم، تظل العين مملوكة لهذا الأخير حتى اذا بقي من ثمنها شيء بعد أن يستوفي دائنو البائع السابقة حقوقهم على التصرف و اللاحقة للتصرف اذا أثبتوا أن المدين قد قام بهذا التصرف الضار بقصد حرمانهم من عدم التنفيذ (1) بحقوقهم، كان الباقي من حق المشترى لا البائع، و هذا الحل يسلم به معظم الفقه العربي و الفرنسي (2) .

غير أنه يترتب على المبدأين السابقين ، مبدأ عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين من جهة (3)، و مبدأ بقاء التصرف صحيحا بين المتعاقدين من جهة ثانية، تعارض لا يجد حلا له الا وفقا للقواعد العامة (4) . و لتوضيح ذلك ، نفترض أن التصرف المطعون فيه بيع، فاذا طبقنا مبدأ صحة البيع في العلاقة ما بين البائع و المشترى ، يكون من حق هذا الأخير، أن تخلص له ملكية العين المبيعة ، و لكن في نفس الوقت، يحدث تعارض بينه و بين دائني المدين ، بحجة أن التصرف قد تقرر عدم نفاذه في حقهم، و من ثم، ينفذون على هذه العين المبيعة ، كأن لم يترتب عليها أى حق .

و لهذا ، فان المشكلة التي تطرح في آثار الدعوى البولصية في العلاقة ما بين المدين ، و المتصرف اليه ، أن تنفيذ دائني المدين على العين المبيعة، بعد حصولهم على حكم بعدم نفاذ التصرف في حقهم، سوف يضر بلا شك بالمتصرف اليه . فهل لهذا الأخير الحق في أن يرجع على المدين لاصلاح هذا الضرر ؟

لقد نوقشت هذه المسألة في الفقه ، و يبدو أن الطبيعة القانونية لرجوع المتصرف اليه على المدين ، الذى تصرف له ، تختلف هي الأخرى باختلاف ما اذا كان متصرفا له بعوض أو متصرفا له بدون عوض .

فاذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة كالبيع مثلا ، فمن الممكن أن نطلق على رجوع المشترى هنا ، اصطلاح "الضمان" . فالمشترى يرجع على البائع بالضمان ، لأن

---

(1) هذا ، وفقا لرأينا الذى انتهينا اليه .

(2) أنظر في الفقه الفرنسي ، "جروبيه" : رسالته السابقة الذكر، ص 425 ف. 233 — "بلانيول و ريبر و ردوان" : المرجع السابق، ص 295 ف. 965 — "ويل و تيرى" : المرجع السابق، ص 943 ف. 833 .
و في الفقه العربي ، "السنهورى" : الوسيط ج 2، ص 1067 ف. 605 — "أنور سلطان" : المرجع السابق، "اسماعيل غانم" : المرجع السابق، ص 187 ف. 79 — ص 57 ف. 61 (و كل هؤلاء لم يتكلموا سوى عن الدائنين ذو الحقوق السابقة على التصرف المطعون فيه دون اللاحقة) .

(3) أنظر المبدأ الأول المتعلق بعدم نفاذ التصرف المشوب بالغش في حق الدائن الطاعن، ص 161 من بحثنا هذا . و في حق جميع الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط ممارسة الدعوى البولصية، ص من 167 الى 175 من بحثنا هذا .

(4) "السنهورى" : الوسيط ج 2، ص 1067 .

هذا الأخير ملتزم نحوه بالضمان[1]، وله أن يطلب فسخ البيع[2] طبقا للقواعد العامة، ويترتب على ذلك أن يزول التزامه بدفع الثمن، على الرغم من تواطئه مع المدين، واذا كان قد دفع الثمن استرده، ويرد الى المدين ما بقي من العين في يده بعد تنفيذ الدائنين. وله أن يرجع على المدين أيضا، بما استوفاه الدائن، شأن كل شخص وفى دينا عن الغير. غير أن رجوع المشتري على المدين في كلا الحالتين لا يترتب لـه فائدة عملية، لأنه يمارس رجوعه ضد مدين معسر[3].

ويلاحظ أن المتصرف اليه لا يرجع على المدين باحدى الدعويين الناشئتين عن العقد، سواء كانت دعوى الفسخ، أو دعوى الضمان، الا اذا كان المدين هو البائع لـه. أما اذا كان المدين غير البائع له، وهذا يحصل في الحالات التي يتصرف فيها في العين لشخص، وهذا يبيعها للمشتري[4]. في هذه الحالة، فان المتصرف اليه الثاني (المشتري)، لا يرجع على المدين الا بدعوى الاثراء بلا سبب، ويرجع على البائع له (المتصرف اليه الأول) بدعوى ضمان الاستحقاق. ولا يمارس الدعويين معا، بل له الحق في أن يختار احدى الدعويين[5]، اما دعوى الاثراء ويرفعها ضد المدين، واما دعوى الضمان، ويرفعها ضد البائع له.

أما اذا كان التصرف المطعون فيه بدون عوض، كعقد هبة مثلا، فالمعروف أن الالتزام بالضمان لا يوجد في الهبة. فالواهب لا يضمن انتزاع العين الموهوبة من يد الموهوب له. ومن ثم، فان هذا الأخير، لا يستطيع أن يرجع على المدين الواهب بضمان الاستحقاق، الا اذا اشترط ذلك في عقد الهبة، تطبيقا للقواعد العامة[6]. وكذلك اذا كان التبرع هبة مستترة أو هبة غير مباشرة كالتنازل عن حق شخصي أو حق عيني[7]، أو ابراء،

---

(1) "بلانيول وريبر وردوان": المرجع السابق، ص 295 ف. 964. "ويل وتيري": المرجع السابق، ص 349 ف. 338. "سيباي": بحثها السابق الذكر، ف. 18.

(2) "السنهوري": الوسيط، ج 2، ص 1069. نظرية العقد، لنفس المؤلف، ص 826 ف. 751 هامش (2). "اسماعيل غانم": المرجع السابق، ص 188 ف. 79. "عبد المنعم البدراوي": المرجع السابق، ص 180.

(3) "بلانيول وريبر وردوان": المرجع السابق، ص 295 ف. 964. "ويل وتيري": المرجع السابق، ص 349 ف. 338. "جروبيه": رسالته السابقة الذكر، ص 430.

(4) أنظر هذه الحالات التي توجه فيها الدعوى ضد المتصرف اليه الثاني، ص 128 الى 130 من هذا البحث.

(5) "جروبيه": رسالته السابقة الذكر، ص 429 ف. 236. "بلانيول وريبر وردوان": المرجع السابق، ص 295 ف. 964. "السنهوري": نظرية العقد، ص 826 ف. 751 هامش (3).

(6) "السنهوري": نظرية العقد، ص 826 هامش (1). "ديمولمب": المرجع السابق، ف. 271. "بودري وبارد": ج 1 ف. 712. "لوران": 12 ف. 495. أشار الى هذين المرجعين الأخيرين، "السنهوري" في نظرية العقد، ص 826.

(7) "بودري وبارد" [illegible] ف. 713. أشار اليه "السنهوري" في نظرية العقد، ص 826 [illegible]

وترى "سيناي"(1)، أن رجوع من صدر له التصرف دون عوض، أو الموهوب له على المدين، يفسر على أنه استعمال لحق الحلول. فالموهوب له حين يرد الشيء الموهوب، يكون قد دفع دينا لصالح المدين، وحينئذ يطبق عليه نص المادة 1251/3(2) مدني فرنسي، الذي يقضي بالحلول القانوني لصالح من دفع دينا التزم به مع غيره .

وهكذا نخلص الى القول بأن آثار قبول الطعن بالدعوى البولصية، كما تصوغها شروح الفقه، وأحكام القضاء في فرنسا، ونصوص قوانيننا، تجعل أثر الطعن في تصرف المدين عدم نفاذ هذا التصرف في حق الدائنين(3). ومعنى ذلك، أن التصرف المطعون فيه يعتبر كأنه لم يكن بالنسبة الى الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط ممارسة الدعوى البولصية . أما في علاقة المدين بالمتصرف اليه، فان الطعن بالدعوى البولصية، لا أثر له، فيظل التصرف قائما ومنتجا لآثاره بينهما، وان كان الطعن بالدعوى البولصية يجعل للمتصرف اليه الرجوع على المدين بما يخسره نتيجة لذلك، مما يكون هذا المدين ضامنا له .

ومن مقتضى اعتبار التصرف المطعون فيه، كأنه لم يكن بالنسبة الى الدائنين، أنه ان كان معاوضة، فان المتصرف اليه لا يستطيع أن يرجع على المدين بما يترتب له من حقوق على عدم نفاذ التصرف مزاحما في المطالبة بها، الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط ممارسة الدعوى البولصية، فلا يتقدم معهم أموال المدين باعتباره دائنا بالثمن فيما لو فسخ البيع، أو دائنا بالتعويض، فيما لو اختار أن يرجع على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق، وانما يتأخر في استيفاء حقه على هؤلاء الدائنين. هذا فيما اذا كان التصرف يتمثل في انقاص حقوق المدين . ونفس الحكم، ان كان التصرف المطعون فيه يتمثل في زيادة التزامات المدين، كعقد قرض مثلا ... ، فان المقترض لا يستطيع أن يدخل قسمة الغرماء في أموال المدين مع هؤلاء الدائنين(4) .

---

(1) أنظر في ذلك، "سيناي": بحثها السابق الذكر، ف. 33 . وترى أن الحلول لا ينطبق الا على المتصرف اليه بدون عوض، والموهوب له . أما المتصرف اليه بعوض، باعتباره شريكا في الغش الذي انتج ضررا، فانه مسئول عن خطأ شخصي، فهو اذن لم يدفع دينا عن غيره، بل دفع دينا هو نفسه مدين به .

(2) تنص المادة 1251/3 م. فرنسي على ما يلي: "La subrogation a lieu de plein droit : 3e) Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'au--tres au payement de la dette ,avait intéret de l'acquitter ".

وتقابلها في القانون المدني الجزائري، المادة 261/1، التي تنص على ما يلي :
"اذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية :
- اذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين، أو ملزما بوفائه عنه ...." .

(3) أنظر المادتين 191 و 194م. جزائري، وما يقابلها في التقنينات المدنية العربية .

(4) أنظر فيما يخص هذه النقطة، ص 173-175 من بحثنا هذا .

وعلى ضوء كل ما تقدم، نلاحظ مع "السنهوري"، أن هناك شبها كبيرا بين الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية، والدائن المرتهن الذي له حق تخصيص أو امتياز، مع وجود بعض الفوارق الجوهرية بينهما .

- أولا : أوجه الشبه بين وضع الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية والدائن المرتهن.

1- في كلتا الدعويين ، يستوفي الدائن حقه من العين المبيعة، ويزداد بشدة في القوانين التي تأخذ بالأثر النسبي للدعوى البولصية حيث يرقى الدائن من حيث النتائج العملية، الى مرتبة دائن ذي ضمان خاص(1)، شأنه في ذلك، شأن الدائن الذي يبادر الى أخذ حق تخصيص على عقار مملوك لمدينه(2).

2- في كلتا الدعويين ، يتحمل المشتري اجراءات الدعوى - الدعوى البولصية أو دعوى الرهن - الا اذا قام بالوفاء للدائن بحقه ، فتسقط بذلك كلتا الدعويين . وفي كلتا الحالتين ، يرجع المشتري على المدين بما وفاه .

3- في كلتا الدعويين ، يرجع المشتري على المدين بدعوى الضمان ، في حالة ما اذا استمر الدائن في الدعوى - الدعوى البولصية أو دعوى الرهن - ونفذ بحقه على العين .

- ثانيا : أوجه الاختلاف بين الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية ، والدائن المرتهن (الممتاز) .

وبالرغم من وجود أوجه اتفاق بين وضع الدائنين - الدائن المرتهن ، والدائن رافع الدعوى البولصية - فان هناك أوجه اختلاف تفصل بين الوضعين ، وتجعل الدائن العادي رافع الدعوى البولصية ، لا يمكن أبدا أن يماثل مركزه مركز الدائن ذي الضمان الخاص .

1- الدائن المرتهن له حق عيني يخوله حق تتبع العين في يد أي متصرف اليه ، حتى لو كان دائنا مرتهنا ، باعتبار هذا المتصرف مالكا للعين . أما الدائن في الدعوى البولصية، فان العين الذي يريد التنفيذ عليها تعتبر ملكا للمدين ، لذلك ، فانه مجبر قبل أن يصل الى مرحلة التنفيذ على العين ، أن يحصل على حكم بعدم نفاذ التصرف الذي أبرمه مدينه في حقه ، حتى تعود العين الى ضمانه ، وبالتالي يستطيع التنفيذ عليها .

---

(1) غير أن الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية، حتى في ظل القوانين التي تأخذ بالأثر النسبي للدعوى ، لا يستطيع أن يمنع الدائنين الآخرين من التدخل في الدعوى ، فيشاركونه في فائدتها . أما الدائن المرتهن ، فيظل يتمتع بميزة التقدم مهما كان نشاط الدائنين الآخرين .

(2) أنظر "السنهوري" : نظرية العقد ، ف 662 ، وهو يرى أن حكم عدم النفاذ الذي يحصل عليه الدائن ، يأخذ مقام التخصيص (ونلاحظ أن القانون المدني المصري سماه "الاختصاص") الذي يأخذه الدائن على عقار معين مملوك لمدينه .

2- و يتفرع عن كون المتصرف اليه (الخلف) في دعوى الرهن يعتبر مالكا للعين، بينما في الدعوى البولصية، تعتبر العين ملكا للمدين، أن المتصرف اليه في الحالة الأولى (دعوى الرهن)، يستطيع أن يلجأ الى تطهير العين، في حين أن المتصرف اليه في الحالة الثانية (الدعوى البولصية) لا يستطيع تطهير العين اطلاقا، لأن العقار يعتبر ملكا للمدين غير مرهون. و اذا أراد المتصرف اليه أن يقف التنفيذ، أو يتجنب أثر الحكم، فما عليه الا أن يستعمل الرخصة التي منحته اياه قوانيننا، و هي، أن يودع الثمن خزانة المحكمة[1]، اذا لم يوف للدائن حقه.

3- يستطيع الدائن المرتهن أن يتتبع العين، و ينفذ عليها بحقه في يد المتصرف اليه الأول، و المتصرف اليه الثاني، و لو كان هؤلاء جميعا حسني النية، وكان التصرف معاوضة. في حين أن الدائن في الدعوى البولصية، كما رأينا، لا يستوفي حقه، و لا ينجح في دعواه بالدعوى البولصية، و ذلك في المعاوضات، الا اذا أثبت الغش في جانب كل من المدين، و المتصرف اليه الأول، و المتصرف اليه الثاني.

4- ثم، ان الدائن، في الدعوى البولصية، في قوانيننا التي أخذت بالأثر الجماعي للدعوى البولصية، لا يستأثر وحده بفائدة حكم عدم نفاذ التصرف، بل يشاركه فيها كل الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى البولصية. أما الدائن المرتهن، فهنا يتمتع بميزة التقدم، و التتبع، مهما كانت مبادرة الدائنين الآخرين. هذا و كما قال "السنهوري" لو تزاحم الدائن في الدعوى البولصية مع الدائن المرتهن، فان الأخير هو الذي يفضل[2].

=================

(1) أنظر المادة 195م. جزائري، و ما يقابلها في التقنينات المدنية العربية، ص. 162 هامش (4) من بحثنا هذا.

(2) "السنهوري": الوسيط، 2، الهامش الذكر، ص. 1061 هامش (1).

الفصـل الثـانـي

ما يميز الدعوى البولصية عـن دعوى الصورية، و الدعوى غير المباشرة .

يحسن بنا، في هذا الفصل، أن نميز الدعوى البولصية عن بعض الدعاوى المشابهة لها، كدعوى الصورية، و الدعوى غير المباشرة .

المبحث الأول

تمييز الدعوى البولصية عـن دعوى الصورية .

ان الذي يدعونا الى تمييز الدعوى البولصية عن دعوى الصورية، وجود شبه واضح بينهما . و قبل أن نستعرض أوجه الشبه ، و أوجه الخلاف بين الدعويين ، يحسن بنا أن نعرف ما المقصود بالصورية .

تعرف الصورية بأنها اخفاء تصرف حقيقي ، أو اخفاء حقيقية معينة بالباسها صورة تصرف آخر مختلف عنه و غير حقيقي (1) .

أولا : أوجه الشبه بين الدعوى البولصية و دعوى الصورية .

في كلتا الدعويين ، يهدف المدين الى تجنب تنفيذ الدائنين على أمواله ، و السبيل العادية أمام المدين لتحقيق غرضه هذا ، هي أن يلجأ الى ابرام تصرفات جدية أو صورية، معاوضة كانت أو تبرعا ، ليصل بها الى تهريب أمواله ، أو تقليل فرص دائنيه في الحصول على حقوقهم من هذه الأموال، و ذلك ، اما بانقاص حقوقه ، كـأن يتواطأ مع آخر على أن يبيعه عينا من أمواله بيعا صوريا ، أو بزيادة التزاماته ، و ذلك بعقده قرضا صوريا اضرارا بدائنيه . و تقترب في هذه الصورة دعوى الصورية من الدعوى البولصية، ففي كلتا الدعويين يحاول المدين بغشه أن يضر بحقوق دائنيه ، و يكون على هؤلاء، اذا أرادوا ، ازالة أثر تصرفات المدين أن يطعنوا فيها ، اما بدعوى الصورية، اذا توافرت شروطها، و اما بالدعوى البولصية مع اثباتهم هنا غش المدين .

---

(1) أنظر في هذا التعريف "الدكتور محمد حسنين" : المحاضرات التي ألقيت على طلبة الليسانس، في السنة الثانية عام 1975 .

و اعساره لأن التصرف جدى في هذه الدعوى(1) .

2- في كلتا الدعويين ، يريد الدائن أن يستوفي حقه من مال تصرف فيه المدين ، لعدم نفاذ تصرف مدينه في حقه ، سواء كان التصرف جديا أو صوريا .

غير أن هناك أوجه خلاف جوهرية ما بين الدعويين تميزهما عن بعضهما ، و ينعقد شبه اجماع في الفقه و القضاء الحديثين على هذا التمييز الذي أصبح واضحا اليوم(2) .

ثانيا : أوجه الخلاف بين الدعوى البولصية و دعوى الصورية .

يتمثل الفارق الجوهري بين الدعويين ، في أن الدائن في الدعوى البولصية يطعن في تصرف جدي ، طالبا عدم نفاذه في حقه ، بينما يوجه الدائن طعنه في حالة دعوى الصورية ضد تصرف صوري ليثبت أنه غير حقيقي لا ينتقص به الضمان العام لهم ، و أن المال الذي تصرف فيه مدينه يعتبر دائما في حوزته .

و يعبر "لالارد لافرنجيد" عن الطبيعة المختلفة للدعويين بقوله "أن الدعوى البولصية تهدف الى هدم أو ازالة حالة قانونية حقيقية ، و لهذا فمن الضروري أن تكون خاضعة لشروط محدودة للنجاح في الطعن بواسطتها . أما دعوى الصورية ، فتهدف الى مجرد استبعاد تصرف صوري ، لا وجود له في الواقع ، و لا تتطلب اثبات الغش"(3) .

و يترتب على هذا الفرق الجوهري بين الدعوى البولصية و دعوى الصورية ، وجود نقاط خلاف و فروق تفصيلية في شروط الطعن بكل منهما ، و كذا في الآثار التي تترتب على الحكم في كل منهما .

أ) من حيث شروط الطعن في كل من الدعويين :

1- دعوى الصورية يرفعها كل من أضرت الصورية به ، أي كل من له مصلحة ، و لو كان المتعاقد نفسه ، و معنى ذلك أن المدين نفسه يستطيع ممارستها ، بينما يقتصر

---

(1) أنظر "جميل متولي الشرقاوي" : بحثه السابق الذكر ، ص 40 ، و هو يرى "ارجاع الدعوى البولصية الى دعوى الصورية ، على أساس أن المشرع قد افترض صورية تصرف المدين من شرطي الدعوى البولصية المتصلين بالمدين ، و هما الاعسار و الغش . و يستند في ذلك الى أن الفقه دائما يبرر الطعن بالدعوى البولصية في المعاوضات بافتراض تفاهة الثمن ... في حالة انقاص الحقوق ... أو باخفاء مبلغ الترض ... في حالة زيادة الالتزامات ..."

أنظر في ذلك ص 59 هامش (3) من بحثنا هذا .

(2) "أوبري و رو" : المرجع السابق ، ص 218 ... "بيدان و ليرييور بيجونييه بواسطة لاقارد" المرجع السابق ، ف 936 ... "بلانيول و ريبير و اسمان بواسطة ردوان" : المرجع السابق ، ص 305 ف 971 ، و من الفقه العربي ، "السنهوري" : نظرية العقد ، ص 852 ف 768 ، و الوسيط ج 2 ، ص 1116 ... "اسماعيل غانم" : المرجع السابق ، ص 191 و 192 .

و أنظر "السنهوري" : الوسيط ج 2 ، ص 1117 ، و هو يشير الى النتائج التي تترتب على اختلاف الدعويين ، و مجموعة الأحكام التي جاء بها في الهامش (2) .

(3) "لاقارد" : المرجع السابق ، ف 936 .

استعمال الدعوى البولصية على الدائن لا غير(1) .

2ـ يشترط القانون لكي يصح الطعن في التصرف بالدعوى البولصية أن يكون هذا التصرف قد أدى الى اعسار المدين أو زاد في اعساره . أما في دعوى الصورية، فلا يشترط ذلك، فالدائن يستطيع أن يرفع دعوى الصورية بغض النظر عن شرط الاعسار، اذ لا يشترط اعسار المدين اطلاقا، لأن الهدف من دعوى الصورية هو كشف حقيقة التصرف(2)، ولذا فان الدائن يستطيع أن يطعن في تصرف مدينه ، ولو كان موسرا(3) .

و يرى "بلانيول و ريبر"، أن الدائن لا يلجأ الى دعوى الصورية فعلا، الا عند اعسار المدين(4) .

3ـ يشترط القانون الغش في الدعوى البولصية على النحو الذى سبق أن بيناه في المحاولات . بينما في دعوى الصورية، فان مسألة اثبات الغش من طرف الدائن تبدو لا أهمية لها، ولا يلزم رافعها باثبات قصد الاضرار لدى المدين(5)، لأن الدائن في هذه الدعوى يطلب تقرير أن التصرف غير موجود، وهذه حقيقة لا يغير منها أن يكون المدين قد قصد الاضرار أولا . واذا ظهر اكتشاف غش، فيكون كوسيلة لاثبات صورية التصرف فحسب، وليس كشرط لاستعمال دعوى الصورية، وبالتالي فانه لا يشترط اشتراك المتصرف اليه، وكذا الشأن بالنسبة الى المتصرف اليه الثاني، مهما كان سبب اكتساب الشي (6) .

---

(1) استئناف مصر أول مايو 1928 المحاماة 9 رقم 323، ص 516 ـ استئناف مختلط 10 يناير 1918 م 30، ص 146 . أشار الى ذلك "السنهوري" في الوسيط ج 2، ص 1118 هامش(1) .

(2) "أوبري و رو": المرجع السابق، ص 240 ف 313 ـ "لا رومبيير": المرجع السابق، ف 68 ـ "ديمولمب": المرجع السابق، بند 236 ـ "السنهوري": الوسيط ج 2، ص 1119 .

(3) استئناف مختلط 2 ديسمبر 1915 جازيت 6 رقم 57 ص 32 . أشار اليه "السنهوري" في الوسيط ج 2، ص 1129 هامش(1) .

(4) "بلانيول و ريبر و اسمان" : المرجع السابق، ص 307 ف 972، حيث يقولون "أن الدائن اذا وجد مالا كافيا لاستيفاء دينه عند المدين غير المال الذى تصرف فيه هذا صوريا لا يتعب نفسه في رفع دعوى الصورية" . أما "جروبيه"، رسالته السابقة الذكر، ف 383 : فيرى أن دعوى الصورية، كغيرها من الدعاوى، ترتبط بالمبدأ القائل "لا دعوى بدون مصلحة"، وأن هذه المصلحة لا توجد الا في حالة وجود اعسار مثبت للمدين، ذلك أن دعوى الصورية مرتبطة بشرط الضرر" .

(5) "كولان و كابيتان" : السابق الذكر، ص 537 ف 1437 .

(6) اليموج 20 جانفي 1905، داللوز 1905 . 2 . 287 . أشار اليه "كولان و كابيتان" في المرجع السابق الذكر، ف 1437 .

و يلاحظ "جميل متولي الشرقاوي"، في بحثه السابق الذكر، ص 45، أنه لو كان القانون يفترض جدية تصرف المدين و يؤسس حق الدائن في الطعن على غش المدين باعتباره سببا في عيب هذا التصرف لما كانت هناك حاجة الى استلزام علم المتصرف اليه بالغش، لأن غش المدين لا يكمل بغش المتصرف اليه" .

دعوى الصورية . و يتغير نتيجة لذلك مركز دائن البائع باختلاف التصرف الصادر من مدينه، اذ يتحمل أثر هذا التصرف ، سواء كان بعوض أو بدون عوض ، اذا كان صوريا ، و لا يتحمله اذا كان جديا .

و يحاول "السنهوري"(1) أن يبرر هذه النتيجة الغريبة و الشاذة، و ذلك بالتفرقة بين ما اذا كان يتصد بالتصرف الصوري الاضرار بالدائن . وفي هذه الحالة، يستطيع هذا الأخير أن يتمسك هو أيضا ، بالعقد الظاهر، و يعتبره جديا ، فيطعن فيه بالدعوى البولصية ، فيتقدم على دائن المشتري . وبين ما اذا كان يقصد بالتصرف الصوري غرض آخر... وفي هذه الحالة، يتمسك دائن المشتري بالعقد الظاهر، و يتقدم على دائن البائع و لا يعترض على ذلك بأن عقدا صوريا تحمل دائن البائع أثره ، وكان لا يتحمله لوكان جديه لأن العقد لو كان جديا ، لتحمل الدائن أثره أيضا ، اذ لا يمكنه الطعن فيه بالدعوى البولصية مادام شرط التواطؤ للاضرار به غير متوافر.

وفي رأينا ، أن هذا التبرير صحيح في القوانين العربية التي حسمت الأمر في حالة تعارض مصالح ذوي الشأن ، و فضلت من يتمسك بالعقد الظاهر،(2) بينما تبقى النتيجة السابقة دائما شاذة و غريبة في القانون المدني الجزائري الذي لم يحسم ذلك بنص صريح (3) و يكون دائن البائع أحسن حالا اذا كان البيع الذي صدر من مدينه جديا منه لو كان هذا البيع صوريا . فهو لا يتحمل أثر تصرف جدي صدر من مدينه ، و يتحمل في الوقت ذاته أثر هذا التصرف لو كان صوريا .

3. في ظل القانون المصري القديم ، و القوانين الغربية التي تأخذ بالأثر النسبي للدعوى البولصية، فان الحكم في الدعوى البولصية، لا يفيد الا الدائن الطاعن أو الدائنين الذين تتوافر لهم شروط رفعها ، في حين أن الحكم في الطعن بدعوى الصورية، يفيد سائر الدائنين دون أي قيد ، غير أنه ، وفقا لقوانيننا ، فان هذا الفرق أصبح لا وجود له ، اذ في كلتا الدعويين ، يشترك جميع الدائنين في التنفيذ على أموال مدينهم .

4. اذا كانت للدعوى البولصية مدة تتقادم بها ، فان دعوى الصورية، لا تسقط بالتقادم، لأن الزمن لا يمكن أن يصحح تصرفا لا وجود له (4).

(1) أنظر في تفصيلات ذلك "السنهوري": نظرية العقد ، ص 855 هامش (3)، اذ يصل الى النتيجة التالية : "حيث يستطيع دائن البائع ألا يتحمل أثر تصرف جدي صدر من مدينه ، يستطيع كذلك عدم تحمل أثر هذا التصرف لو كان صوريا " .

(2) أنظر نص المادة 244/2 م مصري، و ما يقابلها في القوانين العربية، ص 355 هامش (3) من بحثنا هذا .

(3) لاحظ أن نص المادة 198 م جزائري جاء خاليا من الفقرة الثانية من نص المادة 244/2 م مصري

(4) "كولان وكابيتان": المرجع السابق، ص 383 ف. 441 "ويل و تيري": المرجع السابق، ف. 856 "لا رومبيير": المرجع السابق، ف 63. "جروبيه": رسالته السابقة الذكر، ف. 335 "السنهوري": الوسيط ، 2 ، ص 1107 ف. 627 .

و مع ذلك ، يرى الدكتور "محمد حسنين" ، أن دعوى الصورية كسائر الدعاوى تسقط هي الأخرى بالتقادم ، و يبدأ سريانه من وقت علم الغير بالعقد الحقيقي ، أي من وقت علمه بالصورية[1] .

هذا ، و قضت محكمة النقض الفرنسية ، بأن دعوى الصورية تتقادم بثلاثين سنة ، تبدأ في السريان من يوم وقوع التصرف الصوري . و وفقا لهذا الرأي ، فان الدعوى البولصية تشبه ، في هذه النقطة بدعوى الصورية[2] .

و نحن لا نؤيد هذا الرأي ، لأن دعوى الصورية تهدف الى كشف أمر واقع ، و هو أن العقد الظاهر لا وجود له ، و هذه حقيقة قائمة مستمرة . هذا ، و جميع القوانين لم تنص على مدة تتقادم بها دعوى الصورية .

و هكذا ، فانه ، رغم وجود هذه الفوارق الجوهرية بين الدعوى البولصية و دعوى الصورية ، فان بعض الفقه الفرنسي ، حاول أن يقرب بين الدعويين ، و حجتهم في ذلك هي عدم وجود نص في القانون الفرنسي ينظم دعوى الصورية ، رغم وجود المادة 1321[3] مدني فرنسي .

يرى "ديمولمب" ، أنه في حالات الصورية ، للدائنين الخيار ما بين الدعوى غير المباشرة ، و الدعوى المباشرة المؤسسة على المادة 1167 مدني فرنسي ، فهو يعتبر دعوى الصورية صورة من الدعوى البولصية[4] .

و يرى "لاروميير" ، أنه في حالات الصورية التدليسية ، فان الدائنين يدعون باسمهم الخاص بموجب الدعوى المنصوص عليها في المادة 1167 مدني فرنسي . و قد حاول "لاروميير" "التقريب" بين الدعوى البولصية و دعوى الصورية ، اذ فرق في الصورية بين حال توافر الغش ، و حال عدم توفره ، و جعل الدعوى التي ترفع في الحالة الأولى ، الدعوى البولصية معدلة شروطها ، و في الحالة الثانية الدعوى غير المباشرة[5] .

---

(1) الدكتور "محمد حسنين" : "مطبوعة التي تتضمن المحاضرات التي ألقاها على طلبة السنة الثانية عام 1975 ـ 1976 ، ص 59 في المقارنة بين دعوى الصورية و الدعوى "

(2) Cass;civ.I,9 Nov.1971,Bull.civ.I.n° 284 p.242.D.S.1972.30..

وردت الاشارة الى ذلك في جيريص كلاسيو ، السابق الذكر ، ص 6 ف. 32 .

(3) تنص المادة 1321 م . فرنسي على ما يلي : "Les contres-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes;elles n'ont point d'effet contre les tiers"/ :

(4) "ديمولمب" : المرجع السابق ، ف. 235 و ما يليها يقرر :
"Qu'en cas de simulation,les créanciers ont le choix entre l'action oblique et une action directe basée sur l'art.1167"

(5) "لاروميير" : المرجع السابق ، المادة 1167 ف. 63 ، يؤكد :
"Qu'en cas de simulation frauduleuse,les créanciers agissent en leur nom personnel par l'Art.1167,mais il faut remarquer que dans ce cas, en absence de toute allégation de fraude,les créanciers n'agissent plus en leur nom personnel,mais ils ne font qu'exercer les actions et droits du débiteur"..

أما "جروبيه" ، فقد قرب بين الدعويين تفصيلاً في رسالته ، ووصل الى أن دعوى الصورية ما هي الا نوع من الدعوى البولصية ، فقال "أن دعوى الصورية ما هي الا الدعوى البولصية تمارس وفقا للشروط المستمدة من طرف الدائنين ضد غش المدين بكتمانه أو سكوته عن المحتوى الحقيقي لذمته ، وأن دعوى الصورية تكون عندئذ الدعوى البولصية التي يتوصل بها الدائن الى اعلان نطاق القاضي محل الاعلان الذي كان يجب أن يقوم به المدين نفسه"(1) .

ونخلص الى القول بأنه اذا كان الذي أدى بهؤلاء الفقهاء الى الخلط بين الدعوى البولصية ودعوى الصورية ، عدم وجود نصوص واضحة في القانون الفرنسي تنظم دعوى الصورية رغم وجود نص المادة 1321 مدني فرنسي ، فان هذا الخلط لا ينبغي أن يوجد عندنا ، لأن قانوننا المدني الجزائري ، لما نظم الدعوى البولصية بسبع مواد ، نظم أيضا دعوى الصورية بالمادتين 198 و 199 مدني جزائري ، وكذا الحال بالنسبة الى القوانين العربية .

========

المبحث الثاني

ما يميز الدعوى البولصية عن الدعوى غير المباشرة .

قبل أن نعرض أوجه الخلاف والشبه بين الدعويين ، يحسن بنا أن نعرف ما المقصود بالدعوى غير المباشرة .

يقصد بالدعوى غير المباشرة ، الدعوى التي يدفع بها الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه اذا سكت عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة(2) .

---

(1) أنظر "جروبيه" : رسالته السابقة الذكر ، ص 237 . و يعترف بوجود فوارق جوهرية بين كل من شروط وآثار الدعوى البولصية و دعوى الصورية ، و يستبعد أن تكون الفوارق التي ذكرها ، تفصيلا في ص ، من 505 الى 530 ، من رسالته ، مانعا من هذا الربط بين الدعويين .
قارن "جميل متولي الشرقاوي" : بحثه السابق الذكر ، حيث يتجه الى العكس ، فبعد عرضه لشروط وآثار الدعوى البولصية ، يجعلها صورة من دعوى الصورية ، بقوله أن الدعوى البولصية ما هي سوى دعوى صورية مفترضة ، و يلاحظ أن الصورية التي تتقرر بالحكم في الدعوى البولصية ، صورية نسبية من حيث أثرها ، اذ أن افتراض صورية المدين يقوم لمصلحة الدائن الذي تتوافر له شروط الطعن بالدعوى ، فلا يمتد أثر هذه الصورية الى علاقة المدين و المتصرف اليه " ، ص 47 .

(2) "السنهوري" : الوسيط ، ج 2 ، ص 940 ف ، 536 .

من هذا التعريف ، يتضح وجود أوجه شبه تدعونا الى المقارنة بين هاتين الدعويين ، كما أن هناك أوجه خلاف تفصل بينهما .

أولا : أوجه الشبه بين الدعويين :

1- أن كلتا الدعويين نظام قانوني يكفل حق الدائنين في التنفيذ على أموال مدينهم، اذ يشتركان في الهدف النهائي ، و هو المحافظة على الضمان العام للدائنين ، و ترد كلا منهما الى المبدأ العام المنصوص عليه في المادة 1/188 مدني جزائري "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه "[1] .

2- نلاحظ أن شرط الاعسار شرط ضروري في كلتا الدعويين ، اذ أن الهدف الذى تهدف اليه كل من الدعوى غير المباشرة و الدعوى البولصية ، و هو المحافظة على الضمان ، لا تدعو الحاجة اليه الا اذا لم يكن هذا الضمان كافيا ، بأن كانت التزامات المدين تزيد عن أمواله [2] .

3- تشترك كل من الدعوى غير المباشرة و الدعوى البولصية في الاجراءات ، فهي فردية لا عامة بخلاف اجراءات الافلاس التجارى [3] ، و بخلاف ما كانت عليه الدعوى البولصية في القانون الروماني [4] .

4- من حيث الآثار ، وفقا للتجديد الذى سارت عليه قوانيننا محتذية القانون المصرى ، بجعلها أثر الدعوى البولصية جماعيا يستفيد منه جميع الدائنين ، أصبحت الدعوى البولصية تشترك مع الدعوى غير المباشرة في أن سائر الدائنين يشاركون في التنفيذ الدائن الذى رفع الدعوى ، و يقتسمون معه ما حصل عليه قسمة غرماء ، بخلاف ما كان عليه الحكم في القانون المصرى القديم ، و ما هو عليه القانون اللبناني و القانون الفرنسي ، حيث يوجد فرق هام بين الدعويين ، اذ يقتصر أثر الدعوى على الدائن الذى رفعها [5] .

و رغم وجود أوجه الشبه بين الدعويين ، فان هناك أوجه خلاف كثيرة تميز الدعوى البولصية عن الدعوى غير المباشرة .

---

(1) يقابلها في القوانين الأخرى ، المواد 1/234 م ، مصرى . 1/235 م ، سورى 1/260 م . عراقي 1/237 م ، ليبي و المواد 268 ، 271 و 275 موجبات لبناني .
أشار الى ذلك "السنهورى" في الوسيط ، ج 2 ، ص 933 .

(2) "اسماعيل غانم" : أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 169 ف . 68 .

(3) "السنهورى" : نظرية العقد ، ص 349 ف . 761 .

(4) أنظر : مميزات الدعوى البولصية في القانون الروماني ، ص 10 و 11 من هذا البحث .

(5) أنظر في ذلك ، ص من 167 الى 170 من بحثنا هذا ، مع ملاحظة أن أثر الدعوى غير المباشرة ينصرف الى المدين ، و يستفيد من ذلك جميع الدائنين ، بينما في الدعوى البولصية ، فان أثر الحكم ينصرف مباشرة الى الدائنين .

ثانيا : أوجه الخلاف بين الدعويين :

1- تتميز الدعوى البولصية عن الدعوى غير المباشرة بما لها من خطورة، اذ تهدف الى حماية الدائن من التصرفات الجدية التي يعقدها المدين اضرارا بحقوقه ، بينما الدعوى غير المباشرة، تحمي الدائن من موقف سلبي يتمثل في مجرد اهمال المدين وسكوته عن المطالبة بحقوقه لدى الغير[1] .

2- يمارس الدائن الدعوى البولصية باسمه الخاص، بينما الدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم مدينه ونيابة عنه[2] .

ونظرا الى أن الحق الممنوح للدائن لكي يستعمل الدعوى البولصية يختلف عن الحق الممنوح للدائن لاستعمال الدعوى غير المباشرة، فانه يترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن يستعمل بصورة متتالية كلا من الدعويين اذا أخفق في احداهما[3]. ولكن لا يستطيع أن يجمع بينهما في اجراءات واحدة، وذلك لأنهما دعويان مختلفتان، فلا يمكن الدائن الطعن بالدعوى البولصية في تصرف يتمثل في بيع صدر من مدينه، وفي نفس الوقت، يستعمل حق هذا المدين في المطالبة بالثمن عن طريق الدعوى غير المباشرة، بل له أن يبدأ، أولا، في الطعن في البيع بالدعوى البولصية. فاذا لم ينجح في طعنه هذا، فله أن يستعمل حق مدينه في المطالبة بالثمن[4] .

هذا ويلاحظ أن الدعوى البولصية قد تكون مسألة أولية في الدعوى غير المباشرة، فاذا حكم بعدم نفاذ التصرف، كان للدائن أن يستعمل الحق الذي ورد عليه التصرف بوصفه لا زال للمدين[5] .

3- بما أن الدعوى البولصية تمس مصلحة شخص آخر غير المدين، وهو المتصرف اليه، لذلك أخضعها المشرع لشروط أكثر صعوبة من شروط الدعوى غير المباشرة .

أ- في حين أنه يكفي أن يكون حق الدائن محقق الوجود لكي يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة، يشترط أن يكون حق الدائن في الدعوى البولصية مستحق الأداء[6] .

---

(1) أنظر "اسماعيل غانم": المرجع السابق، ص 170 ف 67. "عبد المنعم البدراوي": المرجع السابق، ص 146. "السنهوري": الوسيط ج 2، ص 1070 ف 607 .

(2) قارن المادة 189 م. جزائري، المتعلقة بالدعوى غير المباشرة حيث تنص على أن "لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ..."، والمادة 191 م. جزائري المتعلقة بالدعوى البولصية .

(3) "ديمولمب": المرجع السابق، ص 148. "لارومبيير": المرجع السابق، ف 4. "ديموج": المرجع السابق، ف 1080 .

(4) "السنهوري": نظرية العقد، ص 749 هامش (2). والوسيط ج 2، ص 1081 هامش (1).

(5) نقض مدني 2 فبراير 1950، مجموعة أحكام النقض رقم 61، ص 220 أشار الى ذلك "السنهوري" في الوسيط ج 2، ص 993 هامش (1) .

(6) قارن المادة 189 م. جزائري اذ تنص: "لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه ..." ،

ب - يشترط للطعن بالدعوى البولصية، أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه . بينما في الدعوى غير المباشرة، ليس من الضروري أن يكون حق الدائن سابقا على ثبوت حق المدين الذي يستعمله الدائن باسم مدينه . فقد يكون تاليا لحق الدائن وقد يكون سابقا عليه ، و يعلل ذلك، بأن الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه ، موجود في أموال المدين حتى لو كان سابقا على حق الدائن (1) ، بخلاف الدعوى البولصية، فان تصرف المدين ، قبل ثبوت حق الدائن، لا يفتح له مجالا للطعن بالدعوى البولصية، لأن الحق لم يكن جزءا من ضمانه (2) .

ج - في حين لا يشترط في الدعوى غير المباشرة، أن يكون المدين ، اذا لم يستعمل حقه ، قد قصد الاضرار بدائنيه ، يشترط في الدعوى البولصية ، اذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة، أن يكون المدين قد ارتكب غشا ، و أن يكون المتصرف اليه عالما بهذا الغش (3) .

د - من الشروط التي يجب أن تتوافر في التصرف المطعون فيه بالدعوى البولصية، أن يكون التصرف قانونيا (4) ، تتوافر فيه شروط معينة . بينما في الدعوى غير المباشرة، يمكن أن يكون مصدر الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه تصرفا قانونيا أو واقعة مادية .

ه - في الدعوى غير المباشرة، لا يجوز للدائن أن يستعمل باسم المدين حقا متصلا بشخص المدين (5) . أما في الدعوى البولصية، فانه يمكن الدائن ، في بعض الحالات، أن يطعن في تصرفات قانونية صادرة من المدين يستعمل بها حقا متصلا بشخصه (6) .

و - ان الدائن الذي يطعن بموجب الدعوى البولصية، يمارس حقا خاصا له ، و لذا، فان الدفوع التي يكون بامكان المتصرف اليه ، أن يدفع بها في مواجهة المدين لا تنفذ في حق الدائن ، باستثناء الدفوع الشخصية التي تكون بين الدائن و المتصرف اليه

---

(1) "السنهوري": الوسيط ، ج 2، ص 1028 ف. 582 - "اسماعيل غانم": المرجع السابق، ص 170 .

(2) أنظر فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في حق الدائن لكي يستطيع أن يمارس الدعوى البولصية، ص من 142 الى 154 من هذا البحث .

(3) أنظر في ذلك ص من 110 الى 115 من بحثنا هذا .

(4) أنظر ص 46 من بحثنا هذا .

(5) أنظر المادة 189 مدني جزائري، اذ تنص: " .... جميع حقوق هذا المدين، الا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز ...... " .

(6) أنظر "السنهوري": نظرية العقد ، ص 792 ، و هو يعطي مثلا حالة الطعن في اعتراف المدين ببنوة ولد ليس له ، حتى تجب عليه النفقة اضرارا بالدائن و أجاز الطعن في هذه الحالة بالدعوى البولصية .

(7) "أوبري و رو": المرجع السابق، ص 565 ، ف 313 ، ه 9 ملاحظة (8) - "بودري لاكنتينري": المرجع السابق، ف 647 ، وردت الاشارة الى هذا الأخير في بحث ... المرجع السابق

بينما في الدعوى غير المباشرة، يستطيع المتصرف اليه أن يدفع الدعوى بجميع الدفوع التي كان له أن يواجه بها المدين لو أنه هو الذي رفع الدعوى .

4ـ ويضيف "السنهوري"، فرقا آخر، يتمثل في أن أثر الدعوى البولصية واحد دائما، وهو اعتبار الدائن من الغير في التصرف المطعون فيه، وذلك أنه لا توجد سوى دعوى واحدة يرفعها الدائن باسمه، وهي دائما دعوى شخصية[1]، وفقا للرأي الراجح. أما أثر الدعوى غير المباشرة، فيختلف باختلاف الحق الذي يستعمله الدائن، اذ تتعدد الدعاوى بعدد ما للمدين من حقوق يكون باستطاعة هذا المدين استعمالها. وهذه الحقوق تارة تكون شخصية، وطورا تكون عينية حسب طبيعة الحق الذي يستعمله الدائن[2].

==============

(1) أنظر في ذلك، ص 41 من هذا البحث،

(2) "السنهوري" : الوسيط، ج2، ص 1072 ـ ونظرية العقد، ص 850 .

خـاتـمـــــة

وفي ختام هذا البحث، نخلص الى القول ، بأن جميع القوانين تتفق في بعـــــض أحكام الدعوى البولصية ،فكل التشريعات لا تقبل الدعوى البولصية التي توجه ضد متصرف اليه بعوض حسن النية ،و بالعكس تقبلها في جميع حالات الطعن في التصرفات بدون عوض، غير أنها تختلف من حيث اشتراط الغش أو عدم اشتراطه ، و ذلك في التبرعات، اذ بينما نجد التقنينات المدنية العربية جعلت من طبيعة التصرف المتمثل في التبرع وحده قرينة على الغش استلزم القانون المدني الفرنسي غش المدين .

و يحسن بنا أن نذكر أن المشرع الجزائري لم يحسم مسألة التبرعات بنص صريح مـن حيث اشتراطه أو عدم اشتراطه غش المدين ،و قد بررنا أن هذا كان سهوا منـــــــه ، و استندنا الى مبررات لها قوتها القانونية[1] ،و لهذا ، نتمنى من المشرع الجزائري حتى يصبح نص المادة 192/3م ،جزائري مطابقا لما يقابله في القوانين العربية أن يضيف عبارة " ... ،و لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا " .

كما أن القوانين لجأت الى التيسير على الدائن في الاثبات سواء من ناحية الغش أو الاعسار .

بالنسبة الى الغش ، يسرت القوانين على الدائن اثبات ذلك ، اذ صار يكفي أن يثبت الدائن أن مدينه قد أبرم التصرف ، و هو يعلم أن هذا التصرف سيؤدى الـى اعساره أو يزيد فيه ، و أن المتصرف اليه قد تعاقد مع المدين و هو عالم بظـروف اعساره .

أما بالنسبة الى اثبات الاعسار ، ففي قوانيننا ، يكفي أن يثبت الدائن ديون المدين، و يكون على هذا الأخير أن يثبت أن لديه ما يفي بسدادها . أمــــــــــا فـــ.. ي القانون الفرنسي ، فعلى الدائن أن يثبت أن ديون المدين تزيد على حقوقه .

و نظرا الى أهمية الدور الذى تهدف اليه الدعوى البولصية، فان قوانيننا وسعت كثيرا في مجال تطبيق الدعوى البولصية عما كانت عليه في القانون الروماني ، و القانون المدني المصرى القديم، و لا تزال عليه في القانون المدني الفرنسي ،و أصبح مفهـوم التصرف المفقر الذى يصح الطعن فيه بالدعوى البولصية، لا يقتصر على انقاص الحقوق، بل يمتد الى زيادة الالتزامات ،كما حسمت الأمر بشأن تفضيل المدين لأحد دائنيـــه

---

(1) أنظر في ذلك ص ص من 119 و 120 من بحثنا هذا .

بالوفاء له ، أو بعده سببا من أسباب التقدم ، فأنزلت الوفاء الحاصل قبل حلول الأجل منزلة التبرعات ، ولم تشترط للطعن فيه الغش اشتراطا ، سواء في جانب المدين أو في جانب المتصرف اليه . أما الوفاء الحاصل بعد حلول الأجل ، فأنزلته منزلة المعاوضات ، واشترطت للطعن فيه اثبات "التواطؤ" خلافا للقاعدة العامة في المعاوضات التي اكتفت فيها باثبات العلم باعسار ، وبنفس الحكم فيما يتعلق بترتيب المدين ضمانات لدائنيه .

كما خلصت قوانيننا الدعوى البولصية من نتيجة شاذة وغريبة ، موجودة في القانون المدني الفرنسي ، وقانون الموجبات اللبناني بجعلها أثر حكم عدم نفاذ تصرف المدين المشوب بالغش ، تعم فائدته جميع الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط ممارسة الدعوى البولصية . وفي هذا ، تلتقي قوانيننا مع القانون الروماني ، ولكن تختلف عنه في أن اجراءات الدعوى في هذا القانون كذلك جماعية .

وبالمناسبة ، نتمنى من مشرعنا أن يتدارك المادة 194 مدني جزائري ، المتعلق بالآثار ، لأنها غير دقيقة في صياغتها ، حتى تصبح كالآتي : "متى تقرر عدم نفاذ التصرف ... الخ ... "(1) .

أنشأت قوانيننا تقادما فيما يتعلق بموضوع الدعوى البولصية ، مدته ثلاث سنوات ، تبدأ من يوم علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وفي جميع الأحوال جعلتها تتقادم بخمس عشرة سنوات .

ومن خلال عرضنا لطبيعة الدعوى البولصية ، رأينا أن هناك محاولات فقهية عديدة ، بذلت لتأصيل الطبيعة القانونية للدعوى البولصية . فجعلها البعض دعوى ببطلان التصرف المطعون فيه ، كما جعلها البعض دعوى مسئولية ، أي دعوى تعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة التصرف المشوب بالغش . بينما اتجه رأي آخر الى اعتبارها دعوى صورية مفترضة .

وعلى الرغم من وجود علاقات قوية بين هذه الدعاوى والدعوى البولصية ، فان هذه الأخيرة ما تزال تحتفظ بطابعها الخاص بين نظام القانون المدني ، وهي دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين المشوب بالغش في حق دائنيه .

ونلاحظ أن الدعوى البولصية ، هي دعوى عادلة حقا ، وفي نفس الوقت ، ضرورية من الناحية الاجتماعية ، لأن لها على الأقل صلة وثيقة بالأخلاق . فالباعث له الأثر الأكبر في نفاذ أو عدم نفاذ التصرف ، وهذا ما يستنتج من جعل كل التصرفات الضارة غير أخلاقية ، بسبب علم المدين بالضرر الذي سوف يسببه لدائنيه عن طريق ابرامه التصرف المشوب بالغش ، اذ صار هذا الأخير يمثل في العلم بالضرر ، وأصبح الضرر يحتل المرتبة الأولى ، وهو محور الدعوى البولصية . وعلى هذا الأساس ، رأينا أنها

(1) أنظر في ذلك ، ص 273 من بحثنا هذا ، حيث أن النص الفرنسية يشير الى

أصبحت تشمل حتى الدائنين اللاحقين للتصرف ، اذا كان هدف المدين من وراء تصرفه هو الاضرار بدائنيه في المستقبل[1] . و من هنا ، رأينا أن الدعوى البولصية فرع من فروع نظرية التعسف في استعمال الحق ، و تجد سندا لها في قول الرسول صلى الله عليه و سلم : "لا ضرر و لا ضرار" .

و لكن السؤال الذي يطرح بشدة ، هو : هل هذه الدعوى تقدم الحماية الكافية للدائنين ، عندما يطعنون بواسطتها ، في تصرفات مدينهم المشوبة بالغش ؟ أليس من شروط هذه الدعوى ، و ما تتطلبه ، من شأنه أن يؤدي الى افلات عدد كبير من التصرفات الضارة بالدائنين ؟ أفلا يتطلب استعمال هذه الدعوى ، اثبات أن التصرف قد أنقص حقوق المدين أو زاد في التزاماته ، و أنه قد ترتب عليه عسر المدين ، أو الزيادة في عسره ؟ و اذا كان التصرف بعوض ، ألم تلق القوانين عبئا ثقيلا على عاتق الدائنين ، باشتراطها اثبات غش المدين ، و علم من تصرف اليه بهذا الغش ؟ و بدون شك ، فإن المدين ، مهما بلغ من الغفلة ، لا يترك وراء تصرفاته ، أدلة الاثبات اللازمة لتطبيق قواعد الدعوى البولصية . ألم تلق على عاتق الدائن عبئا أثقل ، حين اشترطت علمه في حالة الوفاء لأحد دائنيه بحقه عند حلول الأجل ، أو بعدمه سببا من أسباب التقدم ، اثبات التواطؤ ؟

و سدا لهذه السلبيات التي تشوب نظام الدعوى البولصية ، نتمنى أن يتخذ المشرع الجزائري الاعسار المدني ، لما يجمع من مزايا ، و هو نظام يفوق بكثير نظام الدعوى البولصية . و بذلك ، يصبح كل تصرف يبرمه المدين ، بعد صدور حكم شهر الاعسار ، غير نافذ في مواجهة دائنيه ، دون أن يكلفوا باثبات غش أو اعسار . غير أن التصرفات التي يجريها المدين ، قبل الحكم بشهر الاعسار ، تبقى دائما خاضعة لقواعد الدعوى البولصية .

و أتمنى أن أكون قد وفقت في عرض بحثي عن الدعوى البولصية ، و أن أكون رائدة في هذا الموضوع الذي أرجو أن تتناول من بعدي ، بحوث أكثر تعمقا .

— و الله ولي التوفيق .

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

---

(1) أنظر ص من 148 الى 150 من بحثنا هذا .

مراجـــع البحـث

أولا : باللغـة العربيـة .

أ) المراجع العامة :

ـ اسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام، ج . 2، أحكام الالتزام و الاثبات، 1967 .

ـ أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام، ج .2، أحكام الالتزام، 1970 .

ـ زهدى يكن : شرح قانون الموجبات و العقود مع مقارنة بالقوانين الحديثة، الطبعة الأولى، ج .5، 1963 .

ـ صبيح مسكوني : القانون الروماني، الطبعة الأولى، 1968 .

ـ صوفي حسن أبو طالب : الوجيز في القانون الروماني، 1965 .

ـ عبد الرزاق السنهورى : نظرية العقد، 1934 .

ـ عبد الرزاق السنهورى : الوسيط في شرح القانون المدني، ج .2،

" " ، ج .3، 1958 .

" " ، ج .5،

" " ، ج .8، 1967 .

" " ، ج .9، 1968 .

ـ عبد الرزاق السنهورى : مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الطبعة الثالثة، ج .5، 1968 .

ـ عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني، ج .2، أحكام الالتزام، 1977 .

ـ عبد المنعم البدراوى : النظرية العامة للالتزام، ج .2، أحكام الالتزام، 1968 .

ـ عبد المنعم بدر و عبد المنعم البدراوى : القانون الروماني، 1952 .

ـ عمر ممدوح مصطفى : القانون الروماني، الطبعة الرابعة، 1961 .

ـ محمد أبو زهرة : الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، 1950 .

ـ محمد حسنين : محاضرات، السنة الثانية ليسانس، 1975 .

ـ محمد حسنين : طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائرى، 1982 .

ـ محمد وحيد الدين سوار : محاضرات في القانون المدني الجزائرى، السنة الأولى ماجستير، عقود و مسئولية، 1980 .

ـ مصطفى أحمد الزرقا :شرح القانون المدني السوري ، ج ، 2، أحكام الالتزام في ذاته ، الطبعة الأولى ، 1964 .

ب) الرسائل و المقالات:

ـ جميل متولي الشرقاوي :رسالة في بطلان التصرف القانوني ، 1956 .
ـ جميل متولي الشرقاوي : دراسة في طبيعة الدعوى البولصية في القانـــون المدني المصري، مجلة القانون و الاقتصاد ، العدد الأو[illegible] 1929 .

ج) التشريعات و الوثائق الرسمية :

ـ التقنين المدني الجزائري:الصادر بالأمر، رقم 75ـ58، المؤرخ في 26 سبتمـ[illegible] 1975 .
ـ قانون الاجراءات المدنية الجزائري :الصادر بالأمر، رقم 66ـ154، المؤرخ 8 يوليو 1966 .
ـ القانون التجاري الجزائري :الصادر بالأمر، رقم 75ـ59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 .
ـ القانون المدني المصري :الصادر بالقانون ، رقم 131 ، بتاريخ 29 جويلية 1948 .
ـ القانون المدني السوري :الصادر بتاريخ 18 أيار 1949 .
ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري :ج ، 2 .

XXXXXXX

ثانيا : باللغـــــة الفرنسيـــة

I-Oeuvrages Généraux:

-Aubry et Rau:Droit civil français ,6e ed.,T.IV,par Bartini, 1942..
-Beudant et Lerebourg Pigeonnière:Cours de droit civil français, T.VIII,par Lagarde, 1936..
-Colin et Capitant:Traité de droit civil français,T.II,par Julliot De la Morandière,1959.
-Demogue :Traité des obligations,T.VII,1933

-Demolombe:Cours de code Napoléon,T.XXV,1869..

-Marty et Raynaud:Droit civil français,T.II,Les obligations,1962.

-Mazeaud:Leçons de droit civil;T.II,Les obligations,5°ed.,par De Juglard 1973.

-Monier:Manuel élémentaire de droit romain,T.II,Les obligations,1954.

-Planiol et Ripert:Traité pratique de droit civil français,2°ed.,T.VII, par Esmein Radouant et Gabolde,1954.

-Ripert et Boulanger:Traité de droit civil,d'après le traité de Planiol, T.II,1957..

-Starck(Boris):Droit civil,Les obligations,1972.

-Weill et Terré:Droit civil,Les obligations,1975..

II)THESES et REVUES:

-Acher(Jean):Essai sur la nature de l'Action Paulienne,19066

-Colombet(Claude):De la règle que l'Action Paulienne n'est pas reçue contre les paiements,Revue trim.,droit civil,1965

-Grouber:L'Action Paulienne en droit français contemporain,thèse,Paris 1913..

-Sinay(Hélène):Action Paulienne et responsabilité à la lumière de la jurisprudence récente,Revue tri.de droit civil,1948.

-Vidal(José):Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français Thèse,Toulouse,1957.

III)RECUEILS et CODES:

-Code civil français-Dalloz:1976-1977.

-Encyclopédie Dalloz: Par Boris Starck,1970.

-Jurisclasseur:Civ. Art.1167,par André Ponsard,Fasc.39,1980.

==================

الفهرس

رقم الصفحة

رقم الصفحة

الفر